

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Financiero, Bursátil y de Seguros

Excepcionalidad del levantamiento del velo societario

María del Carmen Salgado Troya

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
María del Carmen Salgado Troya

Quito, 11 de abril de 2011

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Financiero, Bursátil y de Seguros

Excepcionalidad del levantamiento del velo societario

Autora: María del Carmen Salgado Troya
Tutora: Dra. María Elena Jara

Quito, 2011

A pesar de que en la realidad actual son muchas las situaciones que justifican plenamente la aplicación del levantamiento del velo societario, gozando esta figura de aceptación en numerosos ordenamientos jurídicos, se cuestiona cuál debe ser su aplicación y alcance dado a las delicadas consecuencias que la misma puede generar tanto en el orden jurídico como económico, pues la sociedad mercantil es el motor -o al menos un importante actor- en el desarrollo de las sociedades actuales. Ni en las distintas legislaciones ni a nivel doctrinario se han determinado con claridad las causales específicas que justifican prescindir del ente social y revisar la aplicabilidad de los beneficios que la figura societaria concede a los socios así como del régimen de responsabilidades previsto para terceros como administradores y liquidadores de las sociedades.

En este escenario, el presente trabajo tiene por finalidad demostrar que la aplicación de esta institución debe ser de índole excepcional, lo que a su vez lleva a reflexionar sobre la necesidad de contar con otros mecanismos jurídicos que junto con la inoponibilidad de la personalidad jurídica permitan mantener un adecuado y efectivo control sobre las sociedades mercantiles, sin afectar la esencia de las mismas ni obstaculizar el trascendente papel que éstas juegan en nuestro medio. A efectos de lo anterior, el presente trabajo incluye una breve revisión sobre la situación actual de la sociedad mercantil, de la noción y entendimiento de la figura del levantamiento del velo societario, su aplicación en el sistema anglosajón y continental, y finalmente, una propuesta sobre su aplicación y alcance.

Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

La sociedad mercantil y el levantamiento del velo societario

1.1 Personalidad jurídica, limitación de la responsabilidad y velo societario

1.2 El levantamiento del velo societario como institución jurídica

1.3 Inoponibilidad de la personalidad jurídica

CAPÍTULO II

Aplicación del levantamiento del velo societario en Derecho Comparado

2.1 Consideraciones generales del derecho Comparado

2.2 *Disregard of legal entity* en el Derecho Anglosajón

2.2.1 Equidad, Fraude y *Agency*

2.2.2 Presupuestos para la aplicación del *disregard* en el Derecho inglés

2.2.3 Presupuestos para la aplicación del *disregard* en el Derecho norteamericano

2.3 Levantamiento del velo Societario en el Derecho Continental

2.3.1 La obra de Serick

2.3.2 Derecho español

2.3.3 Derecho ecuatoriano

CAPÍTULO III

Aplicación del levantamiento del velo societario

3.1 Justificación del levantamiento del velo societario y oportunidad para su aplicación

3.2 Carácter restrictivo del levantamiento del velo societario y presunción de persona jurídica

3.3 Carácter correctivo y temporal del levantamiento del velo societario

3.4 Responsabilidad Social Corporativa

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Partiendo de la crisis de la persona jurídica, del abuso de la misma y del abuso del derecho, nació lo que hoy se conoce como “*disregard of legal entity*”, “*piercing*” o “*lifting the corporate veil*”; denominado en castellano como el levantamiento o penetración del velo societario o la inoponibilidad, allanamiento, o desestimación de la personalidad jurídica societaria, como un mecanismo jurídico en virtud del cual se penetra en el ente societario con el fin de conocer la realidad que se esconde tras la personalidad jurídica o el aparataje jurídico del ente social, procediéndose a equiparar al socio y a la sociedad, esto es, se hace una revisión sobre la aplicabilidad o no de ciertos beneficios concedidos por la ley al socio. Es incluso viable trasladar la responsabilidad de una sociedad a otro ente social en determinados casos como en la extensión de la quiebra cuando existen grupos económicos de compañías que comparten mismos intereses.

Como bien señala Hurtado Cobles¹, “ya desde la misma creación del instituto de la personalidad jurídica..., ha venido gestándose una corriente paralela de negación de la misma tanto a un nivel doctrinal, como legislativo pero, sobre todo, jurisprudencial²”, lo cual se ha evidenciado en gran parte de

¹ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Barcelona, Atelier, 2008, p.15

² Antes de que la figura estudiada fuere incorporada por los legisladores en la normativa de la mayoría de países, son numerosos los casos en donde el juez se anticipó en la formulación y aplicación del levantamiento del velo societario, llamando la atención que dicho fenómeno se produjera por igual en sociedades regidas por el civil law tradition. A mi parecer, lo anterior es una interesante evidencia respecto a que es el juez quien ha asumido la responsabilidad de la innovación y actualización del ordenamiento jurídico en lugar del legislador a través de la expedición o reforma oportuna de la norma escrita como debería suceder en los sistemas civilistas. Parece ser que ello responde a un fenómeno de acercamiento que han atravesado ambos sistemas, civil y common law, en cuanto al papel que desempeña el juez, ganando este último mayor protagonismo en el civil law, a la vez que, por otro lado, se ha concedido un mayor espacio a la norma escrita en el common law. En este sentido se pronuncia JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.31), cuando manifiesta que la “doctrina viene observando en la actualidad un cierto acercamiento y convergencia entre ambos sistemas, por un

los ordenamientos jurídicos gracias a una suerte de “inmigración jurídica”³, sin que el caso del Ecuador haya sido la excepción.

Dicha corriente parece haber ganado mayor auge en un escenario donde surge la aceptación de la sociedad unipersonal, así como complejas relaciones producidas al seno de grupos de sociedades relacionadas entre sí⁴, más aún cuando las sociedades integrantes del grupo societario están ubicadas en diferentes países como sucede con gran frecuencia en virtud de la globalización.

A pesar que la negación del ente social se ha presentado como un fenómeno común en muchos países, sorprende que no se haya logrado determinar con claridad cuáles son las causas ni las justificaciones que permiten la aplicación del levantamiento del velo societario⁵, esgrimiéndose argumentos tales como fraude de ley, equidad y abuso de derecho, los cuales tienen la debilidad de ser ambiguos y a mi criterio le restan confiabilidad a la figura en cuestión, pues abrirían paso a un uso generalizado y desmesurado de la doctrina, cuando al contrario lo necesario es reflexionar sobre la excepcionalidad con que la misma debe ser aplicada en virtud de una

lado, con una mayor producción legislativa en los países de *common law* y, por otro, con un mayor protagonismo dado a los jueces en los países de *civil law*”.

³ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. cit., p. 16*

⁴ Sin duda, los grupos de sociedades representan uno de los mayores retos que se ha planteado para el legislador en materia de regulación societaria por las intrincadas relaciones que surgen al interior de dichos grupos y por lo complejo que puede resultar el establecer responsabilidades frente a los actos cometidos por las empresas pertenecientes a grupos empresarios. En este escenario es interesante lo que al respecto sostiene el autor argentino Ricardo A. Nissen (*Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, AD-HOC, 2ª Edición, p. 51), quien se refiere al fenómeno de la *concentración empresarial* o *agrupamiento empresarial* como una consecuencia del capitalismo moderno, mismo que requiere de “fórmulas legales, adecuadas y justas” de manera que los grupos de sociedades sean un aporte positivo en lugar de generar distorsiones y efectos no deseables, pues en definitiva la concentración empresarial responde a una realidad económica actual que no se vislumbra cambiará en el corto plazo.

⁵ Según AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine in Company Law*, 2007 (disponible en http://www.cornerstone.com/pdf/practice_other_publications_tab/CorporateVeil.pdf) [ref. 08 de agosto 2010], “la (aplicación de la) doctrina de *piercing the corporate veil* varía de país en país..., existiendo un aparente consenso respecto a que la materia de la responsabilidad limitada, y, de su opuesta, la doctrina de la penetración de la persona jurídica, es uno de los temas más confusos en el derecho societario.” (la traducción es mía)

verificación cuidadosa y acertada sobre la causación -a través del ente social- de un perjuicio efectivo y verificable, según se revisará más adelante en este trabajo. Para el caso del Derecho continental, la situación se ve agravada por el hecho de quedar la aplicación de esta figura al criterio del juez por la falta de una regulación normativa adecuada, lo que en sistemas de tradición romanista constituye un riesgo en términos de inseguridad jurídica. En este sentido, son precisas las palabras de Hurtado Cobles⁶ cuando se refiere a “riesgos que creo merecen una necesaria prevención jurídica mediante el debido estudio y discusión doctrinal de cuáles hayan de ser sus parámetros, criterios de decisión, factores a tener en cuenta, pautas a seguir en su aplicación. En definitiva, fijar sus límites.”

Para abordar los problemas señalados, el presente trabajo hace una revisión de lo recogido sobre el tema por parte de la jurisprudencia comparada, la doctrina, así como por algunas legislaciones, incluida la ecuatoriana.

Partiendo del hecho de que graves desviaciones de la razón de ser de la sociedad mercantil ameritan la existencia de la institución a ser estudiada -siendo así superada la doctrina del hermetismo de las sociedades y comprendiendo a la vez que no contamos en la actualidad con mecanismos jurídicos que puedan suplantar al levantamiento del velo societario-, esta tesis se propone demostrar que aún hay un buen camino por recorrer para perfeccionar a esta institución, corrigiendo sus debilidades y entendiéndola como una herramienta excepcional y subsidiaria a otras soluciones jurídicas.

El primer capítulo del presente estudio contiene breves apuntes sobre nociones importantes relacionadas al tema que nos atañe, incluidas las de

⁶ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* Op. cit., p. 16

personalidad jurídica, limitación de la responsabilidad y el mismo velo societario, así como una reflexión sobre la justificación de la existencia del levantamiento del velo societario. El segundo capítulo estudia el tratamiento que se ha dado a esta figura por parte de ciertos países desde la perspectiva del derecho anglosajón y del Derecho continental, siendo el primero el gestor de esta figura, a partir del cual se la importó al resto de ordenamientos jurídicos incluidos los europeos, principalmente gracias a la obra del autor alemán Serick. Sobre esta base, el tercer capítulo se centra ya en comprender cuáles son los caracteres que debe revestir el levantamiento del velo societario, su alcance y las causales para su aplicación. Todo lo cual finaliza con el apartado de conclusiones.

CAPÍTULO I

La sociedad mercantil y el levantamiento del velo societario

Siendo la persona jurídica el eje del derecho societario, la negación de la misma implica nada más y nada menos que cuestionar el pilar fundamental sobre el que reposa este importante campo del derecho mercantil; de ahí la necesidad de comenzar este estudio con una breve referencia a los argumentos que justifican la existencia de la doctrina del levantamiento del velo societario, siendo esta última el principal exponente de la corriente de negación de la persona jurídica.

1.1 Personalidad jurídica, limitación a la responsabilidad y velo societario

El concepto de personalidad jurídica fue asociado en un principio exclusivamente a efectos de responsabilidad patrimonial, habiéndose extendido tal noción a otros ámbitos de la realidad societaria⁷, de tal modo que desde la percepción del hermetismo jurídico⁸, se ha llegado a sostener una absoluta diferenciación entre la sociedad y sus socios; esto es, de un ente completamente autónomo, con derechos y obligaciones independientes de los de sus miembros.

El privilegio de la responsabilidad limitada al capital aportado por cada socio fue una concesión estatal excepcional en la época de las sociedades

⁷⁷ Como señala NISSEN (*Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, pp. 119 y 120), “la atribución del carácter de *personas* a las sociedades comerciales constituye el efecto más característico del contrato de sociedad” y ya de “el reconocimiento de la personalidad jurídica o lo que es lo mismo, el carácter de sujeto de derecho que tienen las sociedades comerciales, implica atribuirles ciertas cualidades o propiedades de que gozan todas las personas, tanto físicas como jurídicas, que se denominan los *atributos de la personalidad*”, mencionando el autor a los siguientes: el nombre de la sociedad, el patrimonio, la capacidad y el domicilio.

⁸ A efectos del presente trabajo, por hermetismo jurídico se entiende a aquella corriente que tradicionalmente ha aceptado como indiscutible la total separación entre el ente social y sus integrantes, sin que quepa equipararlos ni establecer sobre los socios responsabilidades de la sociedad.

coloniales⁹. Con la llegada del Estado liberal aquello sería superado y dicho beneficio se volvería la regla para algunos tipos societarios, desapareciendo la exigencia de un interés público como supuesto para que se concediera el privilegio de la separación patrimonial. A partir de dicho momento, bastaría que exista un patrimonio y se cumplieran determinados requisitos en el acto constitutivo para que el Estado reconociera a la persona jurídica¹⁰.

En definitiva, al haberse sustituido el interés público por uno privado como justificativo para el reconocimiento de la persona jurídica y al ser suficiente la existencia de un patrimonio autónomo para que opere la limitación de la responsabilidad de los socios, para muchos el concepto de persona jurídica se ha deformado, pues en definitiva, se ha impuesto como fin único de la misma el alcanzar el beneficio máximo de los socios¹¹.

Por su parte, a la sociedad anónima se la identifica como la persona jurídica típica, siendo la más prolífera en el mundo societario, no solo por el importante beneficio de limitación de responsabilidad sino también por lo interesante que resulta en términos económicos la libre circulación de capitales a través de ella. A pesar de haber sido este tipo societario el mayor representante de la persona jurídica, parece encontrarse en ella el germen que ha ocasionado las más severas críticas a la persona jurídica con motivo de los excesos del hermetismo

⁹ Según menciona el autor JOSÉ HURTADO COBLES (*La doctrina del levantamiento... Op. cit.*, p. 19), se creó el aliciente de la responsabilidad limitada de los socios para facilitar la participación de inversionistas que apoyaran con sus capitales el auge expansionista de los Estados a inicios del s. XIX.

¹⁰ JOSÉ HURTADO COBLES (*La doctrina del levantamiento... Op. cit.*, pp. 19 y 20)

¹¹ Aunque pueda resultar exagerada la posición de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (*Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, ADC, 1961, p. 943), es interesante la perspectiva que el autor plantea respecto de la crisis de la persona jurídica cuando señala que “Los socios confían sus aportaciones a los gerentes de las empresas, se desentienden de todo lo que no sea embolsar las ganancias, y lo hacen con la tranquilidad de no poner en riesgo su patrimonio personal; mientras que los administradores pueden actuar con la libertad que da el utilizar dinero ajeno”.

de la persona jurídica plasmados en los abusos de la misma¹², todo esto, atado nuevamente al concepto de limitación de la responsabilidad de los socios, beneficio que para muchos resulta cuestionable y es incluso insostenible¹³. Bajo dicho privilegio y el aparataje del ente social, se han visto una serie de abusos cometidos a través de las sociedades¹⁴, dirigidos principalmente a la

¹² Muestra de ello es el caso de fraude previsional Salomón, Adrián César c/Núñez Cores e Hijos S.R.L., Expte. Nro. 2.743 (disponible en <http://www.eft.com.ar/jurisp/argentina/bsasprov/salomon-abuso-pers-jur.htm>) [ref. 05 de agosto 2010], donde el Tribunal del Trabajo hace la siguiente reflexión: “Se advirtió la frecuencia como ciertos directivos, socios o controlantes amparados por la formalidad de la figura social se aprovechan de ello en modo ilícito y en su propio beneficio, desvirtuando la finalidad societaria en detrimento de sus demás miembros o de terceros ajenos a ello. La mayoría de estos casos se advirtieron en las sociedades anónimas o por acciones, en las cuales se utilizó impropiamente la limitación de la responsabilidad de los socios para cometer ilícitos de diversas modalidades. El intento por superar estas actividades irregulares dio lugar a la formulación de la famosa teoría que se expresa en la metáfora del levantamiento del velo o de la más difundida del abuso de la personalidad jurídica.” Asimismo, NISSEN (*Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, pp. 120 a 123) manifiesta que la personalidad jurídica, cuyo reconocimiento responde a *finés* (de comercio) *eminente práctico* y por tanto el carácter de la personalidad jurídica será *meramente instrumental*, en ocasiones es utilizada para fines reprochables ajenos a los mencionados, justificándose atravesar el velo para aprehender la realidad oculta, maniobras que generalmente son realizadas a través de la sociedad anónima, pues en ella los socios asumen responsabilidad limitada a las acciones suscriptas, “manteniendo indemne su propio patrimonio de los resultados de la actividad de la sociedad”.

¹³ Sobre este tema, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (*¿Crisis de la sociedad Anónima?*, Reflexiones sobre la Proyectoada Reforma Legislativa, pp. 96 y 97, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_049_058.pdf) [ref. 05 de septiembre 2010] sostiene que “la limitación de la responsabilidad de los socios, por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente, y que sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas”, a lo que agrega que el privilegio es justificado en ciertas circunstancias, como en el caso del accionista que no interviene en la administración de la sociedad o cuando esta última es dirigida en efecto por una pluralidad de personas. Al contrario, el autor manifiesta que cuando el control de la sociedad responde a una sola persona, el beneficio de la responsabilidad limitada es injustificada e injusta. Finalmente, se cuestiona sobre la conveniencia de conservar dicho privilegio para los accionistas y reflexiona que en caso de hacérselo, se impone al Estado la obligación de vigilar que no se abuse del beneficio. Si bien las afirmaciones del citado autor son acertadas con relación al “deber ser” del beneficio de la responsabilidad limitada, surge un problema de índole estrictamente práctico; esto es, el contar con mecanismos legítimos y eficientes que permitan controlar que quienes se beneficien de la limitación de la responsabilidad incurran en efecto en los presupuestos mencionados por De Castro y Bravo y no en virtud de situaciones simuladas como sucedería por ejemplo con la intervención de testaferros. Por otro lado, resulta válida la observación que realiza el autor en cuanto a la concesión del beneficio para aquella persona que controla por sí sola a la sociedad, cuestión en la cual radica una de las principales críticas al reconocimiento de la sociedad unipersonal como persona jurídica. Asimismo es perfectamente válida la anotación sobre la obligación del Estado de vigilar que no se abuse del beneficio en cuestión. En definitiva, parece ser que será muy poco probable el que se pueda controlar que la concesión de la responsabilidad limitada se realice dentro de los presupuestos mencionados por De Castro y Bravo, mientras que si es posible -y será indispensable- el que se controle que quien haya recibido el privilegio lo ejerza correctamente.

¹⁴ El citado caso Salomón, Adrián César c/Núñez Cores e Hijos S.R.L., Expte. Nro. 2.743 (disponible en <http://www.eft.com.ar/jurisp/argentina/bsasprov/salomon-abuso-pers-jur.htm>) [ref. 05 de agosto 2010] es un ejemplo de lo condenable que resultó para el juzgador las actitudes abusivas de socios y administradores de la sociedad comercial. En el caso en cuestión, el Tribunal del Trabajo No. 5 sostuvo que “... la noción de abuso de personalidad jurídica que en razón de las deformaciones que la práctica generó en el desempeño de las sociedades comerciales fue desarrollada por la doctrina y jurisprudencia

satisfacción de intereses propios de los socios o administradores, ajenos a los fines sociales, tales como burlar los derechos del inquilino en beneficio de la sociedad propietaria del inmueble, ocultar bienes, vulnerar los derechos de los trabajadores mediante la constitución de nuevas sociedades cuyos socios siguen siendo los mismos, pretender evadir responsabilidades tributarias aprovechando la coyuntura de los grupos de sociedades así como evadir responsabilidades en materia concursal, realizar actos que a los socios individualmente les estarían prohibidos, esconderse tras la sociedad para evitar responder con el patrimonio personal de los socios por las obligaciones sociales y otros casos más que se revisarán a lo largo de este trabajo.

En el escenario planteado, era inevitable que existiera alguna reacción, la que se dio en el primer lugar en el seno del derecho anglosajón a través de la doctrina del *disregard of the legal entity*. Ya con la obra de Serick el levantamiento del velo societario sería aplicado en toda Europa, extendiéndose incluso a ordenamientos jurídicos tan distintos al anglosajón que fue quien lo concibió. Guardando las distancias entre la concepción de sociedad que existe en el Derecho norteamericano en aplicación de la teoría de la ficción, Serick se basa en la teoría de la realidad para desestimar la personalidad jurídica cuando se constate un abuso de la misma; esto es, cuando a través de la persona jurídica se burla la ley, se irrespetan obligaciones contractuales o se perjudica fraudulentamente a un tercero. Lo que extraña es que en los ordenamientos de corte romanista se presentara tal reacción en primer lugar a través de la

con un amplio contenido, pues se comprenderían dentro de sus lindes conceptuales no sólo el referido al ejercicio abusivo de las facultades societarias sino también otros diversos actos, como los que atañen al fraude a la ley o, en general, al uso indebido de la formalidad de la persona jurídica en otras actividades contrarias al orden público, o en conductas que desvirtúan ilícitamente sus funciones en agravio de terceros, no exentas de dolo o culpa.”, en virtud de lo cual consideró “inoponible la personalidad societaria de la demandada”, extendiendo la condena “de manera ilimitada y solidaria a sus socios gerentes y administradores”.

jurisprudencia y la doctrina, quedando relegada del campo legislativo incluso hasta la actualidad, donde no existe una normativa clara y completa que aborde dicha doctrina.

Así como las críticas a la sociedad anónima, al formalismo jurídico y en general, a los abusos de la persona jurídica representan las causas que dan lugar a la aparición del levantamiento del velo societario, la tipificación de la sociedad unipersonal al igual que las complejas relaciones surgidas de los grupos societarios¹⁵, han contribuido a la corriente de negación de la persona jurídica.

Ahora, interesa comprender a qué se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando mencionan continuamente al *corporate veil* o velo societario y si en definitiva cabe equiparar a este último con la noción de persona jurídica. Según cita Hurtado Cobles¹⁶ a Niboyet, “la figura de la persona jurídica se rebaja a «velo que oculta a los asociados, por razones de comodidad jurídica»”. Siendo así, la existencia de un velo nos da la idea de que hay una verdadera cortina

¹⁵ Sobre este punto, cabe anotar la referencia que realiza el autor argentino HÉCTOR JOSÉ MIGUENS (*La responsabilidad del dominante por las obligaciones de un sujeto dominado en el derecho concursal angloamericano*, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2422/1/AD-10-36.pdf>, 2006, p.728) [ref. 02 de septiembre 2010] sobre el caso *Federal Deposit Insurance Corp v. Sea Pines Co.*, como el *leading case* en materia concursal en la jurisprudencia anglosajona con base en la doctrina del levantamiento del velo societario. El autor manifiesta que en virtud de la hipoteca que la sociedad dominante impuso sobre el patrimonio de la sociedad subsidiaria para asegurar las deudas de la primera, el tribunal estableció responsabilidad para la dominante con relación a la deuda de la sociedad subsidiaria insolvente. El fallo, según Miguens, se fundamenta en que la constitución del referido gravamen constituye un acto inequitativo o ilícito, habiendo invocando el tribunal las figuras de la *obligación fiduciaria*, la administración intrusiva de la sociedad dominante y la inadecuada capitalización de la subordinada para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. Asimismo, en su estudio, el citado autor se refiere a la legislación argentina como único ejemplo de derecho positivo continental que ha recogido la institución de la inoponibilidad de la persona jurídica. En efecto, la Ley de Sociedades Comerciales argentina prevé en su artículo 54 la responsabilidad del socio o controlante en caso de que “la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extra societarios”. Sin perjuicio de lo indicado, DIANA PATRICIA GARROTE CRUZ Y OTRA, *Línea Jurisprudencial sobre el Levantamiento del Velo Corporativo de las Sociedades Comerciales*, Bogotá, 2007, p. 11 (disponible en www.usergioarboleda.edu.com) [ref. 02 de septiembre 2010], señala que en 1995 se introdujo en Colombia la figura en cuestión a través de la Ley 190 denominada Estatuto Anticorrupción, misma que permite a las autoridades judiciales “levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”

¹⁶ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* *Op. cit.*, p. 21

que separa al ente social de los socios, lo inquietante es precisamente que esa cortina o separación tiene reconocimiento jurídico desde el momento en que tiene legitimidad el acto constitutivo de la persona jurídica y se extingue únicamente con la disolución de la misma¹⁷. Siguiendo al autor Hurtado Cobles, éste menciona que la *teoría del velo* creada por los franceses para “explicar el concepto y significado de la personalidad jurídica, según la cual se suponía que la personalidad es un velo que cubre la copropiedad que mantienen los socios durante toda la vida de la sociedad y que se disipa con su disolución”¹⁸. Según los franceses, dicho velo además tiene la función de unificar a los socios en un solo ente, condensándolos en una sola persona. La crítica que han recibido los franceses ha sido la arbitrariedad con que reconocen y desconocen a dicho velo¹⁹.

En definitiva, el velo societario viene a ser la consecuencia práctica de la existencia de la personalidad jurídica y cuyos efectos y alcance variarán dependiendo del tratamiento que los ordenamientos jurídicos den a la persona jurídica.

¹⁷ Por ello, la técnica del levantamiento del velo societario deberá ser empleada con cautela, una vez que se verifique la existencia de los presupuestos que justifican su aplicación, pues en virtud de ella se establecerá un régimen de excepción al beneficio de separación entre sociedad y socios que la misma ley prevé y reconoce formalmente.

¹⁸ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. cit.*, p. 31

¹⁹ En este sentido, U. MANARA (citado por JOSÉ L. DE BENITO, *La Personalidad jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles*, Madrid, p. 85, citado por FERNANDO FLORES GARCÍA, *Algunas Consideraciones sobre la Persona Jurídica*, disponible en www.juridicas.unam.mx) [ref. 03 de septiembre 2010] se pronuncia en los siguientes términos: “... a decir verdad se maravilló mucho que por la doctrina francesa se pudiese concebir la personalidad jurídica de las sociedades comerciales como un velo lanzado por el legislador sobre los socios, claro está, bien entendido que esta doctrina intentase estudiar en serio las sociedades comerciales como personas jurídicas o cuerpos morales; y mi maravilla aumenta sin medida observando que este velo es generalmente corrido o descorrido a placer por los escritores franceses: descorrido para hacer que aparezcan los socios como copropietarios del fondo común constituido, y corrido para esconder a los socios y hacer en su lugar comparecer la personalidad jurídica, la sociedad como la que actúa y que es propietaria exclusiva de los bienes sociales. Como el legislador francés no ha dicho cuando debe alzarse y cuando correrse el velo, debe ser lícito al intérprete subirlo o bajarlo cuando quiera; nunca se ha visto tanta comodidad ni tanta arbitrariedad.”

1.2 El levantamiento del velo societario como institución jurídica

Una vez que se ha realizado una revisión de la noción del velo societario, surge una nueva interrogante con relación a si en realidad se justifica la existencia de todo un instrumento jurídico que permita el desconocimiento de dicho velo que la misma ley ha creado y reconocido. De ser así, según lo señala Hurtado Cobles²⁰, estaríamos hablando de la necesidad de una ficción creada para contrarrestar otra ficción previamente existente, esto es, la persona jurídica y sus efectos.

No son pocas las críticas que ha merecido la figura del levantamiento del velo societario, en especial por la imprecisión que caracteriza a algunos de sus pilares más fundamentales²¹. No ha sido sencillo, pues, definir un criterio uniforme y claro que justifique la aplicación de esta técnica, lo que atenta contra el principio fundamental de seguridad jurídica y le resta solidez a esta institución, asunto al que más adelante, en el CAP III de este trabajo, buscaré proporcionar una solución.

Autores como Ascarelli²² piensan que el verdadero camino para enfrentar los excesos de la persona jurídica es revisando su concepto mismo, debiendo considerarla como un simple instrumento lingüístico bajo el cual se halla subsumido una cierta normativa especializada, rechazando así a la doctrina del

²⁰ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* Op. cit., p. 20

²¹ Del completo estudio que sobre la materia realiza CARMEN BOLDÓ RODA en su obra *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Navarra, Ed. Aranzadi, 4ta. Edición, 2006, p. 252, se desprende que la mayoría de autores críticos de la doctrina en cuestión se muestran favorables a la reformulación del concepto de la persona jurídica antes que a aceptar la técnica del descorrimiento del velo, como sucede con ASCARELLI y GALGANO. Según la citada autora española, una de las más fuertes críticas que ha recibido la doctrina guarda relación con “la imposibilidad de encontrar un criterio rector cierto que posibilite saber cuándo se puede levantar el velo y cuándo no. Falta la determinación clara de los presupuestos que justifican el levantamiento del velo.” Otras de las críticas se centran en considerar al levantamiento del velo societario como mero artificio lingüístico, al igual que lo sería la persona jurídica y la misma existencia del velo; en definitiva, para quienes la persona jurídica no tiene una existencia real ni es distinta de los socios que la componen, la doctrina del levantamiento del velo societario no será válida, pues su punto de partida consiste justamente en aceptar la existencia del ente social al amparo de las concepciones formalistas.

²² CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo...* Op. Cit., p. 46

levantamiento del velo societario al considerar que no existe velo alguno, más allá de una mera expresión terminológica. Más aún, Ascarelli aduce que dicha doctrina no entrega certeza respecto a cuándo cabe prescindir de dicho velo sin que sea suficiente invocar a la naturaleza excepcional de dicho instrumento jurídico²³.

Por su parte, el autor italiano Galgano²⁴ considera que la propuesta de la doctrina del levantamiento del velo societario equivale a la demolición del concepto mismo de persona jurídica y, entre otras críticas, sostiene que difícilmente es aplicable dicha doctrina en ordenamientos jurídicos distintos al anglosajón pues solo en este último el juez está dotado de las facultades necesarias para juzgar en equidad revisando caso por caso cuándo cabe desestimar el velo. Lo manifestado por el citado autor es en principio acertado, pues la existencia de la equidad como sistema subsidiario para la administración de justicia en el common law, caracterizado por su mayor flexibilidad frente al régimen de Derecho anglosajón -conocido como *common law* propiamente dicho-, favorece al desarrollo de la doctrina estudiada. Sin perjuicio de ello, a pesar de que en los ordenamientos jurídicos continentales la equidad no juegue el mismo papel que en el common law, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario es perfectamente posible, como ha sucedido en el Derecho español y argentino, entre otros..

Ahora bien, independientemente de la posición que se mantenga sobre el trato que debe recibir la concepción de la persona jurídica, ya sea como una mera expresión terminológica o como una verdadera institución diferente al hombre físico que la compone, se evidencia cierta tendencia mayoritaria en la

²³ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.* p. 46

²⁴ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 47

doctrina que defiende la no conveniencia de prescindir del concepto de persona jurídica por la dificultad de precisar la esencia de la misma y por la practicidad que tal expresión lingüística abreviada acarrea al estar recogida de manera generalizada en casi la totalidad de ordenamientos jurídicos.

Volviendo al tema que nos compete, esto es, sobre el entendimiento de la doctrina como institución jurídica, cabe plantearse un último cuestionamiento respecto a si la figura del levantamiento del velo societario es en realidad una institución nueva, única o al contrario no representa nada novedoso, pues sus fundamentos radican en instituciones jurídicas previamente existentes que no necesitan de la figura del levantamiento del velo societario para operar eficazmente como instrumentos jurídicos válidos. Este sería el caso de la equidad, el fraude, el abuso de derecho, el incumplimiento de obligaciones, la responsabilidad contractual, el perjuicio a terceros y la misma invocación a la buena fe. Nuevamente cabría replantearse el por qué de la necesidad de recurrir a una institución tan o más artificial que la misma ficción de la persona jurídica cuando contamos ya con mecanismos jurídicos sólidos que permiten perfectamente contrarrestar los excesos de la persona jurídica y de la sociedad mercantil.

Sobre este punto, considero que si bien la aplicación del levantamiento del velo societario podría apoyarse en figuras tales como el fraude y la responsabilidad contractual, mismas que existen por sí solas y están tradicionalmente recogidas en los distintos ordenamientos jurídicos, su invocación permitiría únicamente alcanzar al ente social y no a los socios, siendo ambos escenarios completamente distintos, pues no debemos olvidar que, nos guste o no, la sociedad es un ser distinto a sus socios tal y como se

halla concebida actualmente. Por tanto, el recurrir a la figura del fraude, o cualquier otra de las antes mencionadas, no permitiría imputar responsabilidades a los socios ni terceros, desestimando a la persona jurídica, pues la existencia de esta última se halla legítimamente reconocida por la ley. Únicamente en aplicación del levantamiento del velo societario, en caso de configurarse los supuestos para su aplicación, cabe el que se revise la responsabilidad de los socios, controladores, administradores, o liquidadores, según aplique.

Una muestra más de la ineficiencia de otros mecanismos distintos a los del levantamiento del velo societario para repeler las actuaciones del ente social cuando éste se desvía de su razón de ser, ha sido la larga discusión que se ha mantenido sobre la existencia o no de responsabilidad penal en las personas jurídicas, en donde la doctrina del velo podría tener mucho material interesante que aportar.

Adicionalmente, el argumento de que ya existen mecanismos legales válidos para controlar las actuaciones de las sociedades mercantiles se quedaría corto en lo que tiene que ver con revisión de la responsabilidad de los socios de la compañía principal con relación a actuaciones abusivas de la compañía filial en el caso de grupos de sociedades relacionadas entre sí, ámbito en el cual ha sido fructífera la jurisprudencia en aplicación de la doctrina estudiada²⁵.

²⁵ A modo de ejemplo, cabe citarse el caso Cía. Swift de La Plata SA s/quiebra, citado por Nissen (*Curso de Derecho Societario... Op Cit.*, p. 129) en el cual el juzgador rechazó el concordato preventivo presentada por la sociedad concursada, Cía. Swift de La Plata SA, a la que se declaró en quiebra, “extendiéndole la falencia a otras sociedades del mismo grupo económico a la que aquella pertenecía (el Grupo “Deltec”, cuya sociedad holding era “Deltec Internacional”)...” El juez consideró que al estar subordinada la sociedad concursada a la voluntad del holding internacional, no cabía concederle el concordato toda vez que se beneficiaría a empresas del grupo, perjudicándose el orden público y el derecho de los verdaderos acreedores de la sociedad en cuestión. En virtud de lo señalado, se concluyó “que no existía personalidad jurídica diferenciada entre todas las empresas del grupo, que respondían a

El recurrir por sí solas a figuras como el fraude, la responsabilidad contractual, el perjuicio a terceros y demás, para hacer imputables obligaciones de la sociedad a los socios cuando estos gozan del beneficio de limitación de responsabilidad, sería pasar por encima de la institución de la persona jurídica y, en consecuencia, de la misma ley. Siendo así, considero innegable la necesidad de contar con un mecanismo legal que permita prescindir, temporal y sustentadamente, del ente social y de las concesiones otorgadas a los socios y terceros relacionados con las sociedades mercantiles, cuando se constate la generación de un perjuicio, momento en el cual el levantamiento del velo societario, por sí solo o con apoyo en las figuras del fraude, responsabilidad contractual o extracontractual, o lo que aplicare, actúa legítima y eficazmente como un freno a las transgresiones cometidas a través del ente social. En definitiva, la doctrina del levantamiento permite prescindir del aparataje del ente social, superar la formalidad y alcanzar una realidad que las otras figuras mencionadas no están legitimadas para hacerlo. El cuestionar los efectos de la persona jurídica hasta llegar a los socios, administradores y otros, únicamente será posible a través de una técnica que sin violar la ley faculte al juez a imponer responsabilidades a quienes se hallaban ocultos tras el aparataje de la persona jurídica.

1.3 Inoponibilidad de la personalidad jurídica

una voluntad común”. Asimismo, en materia de derecho concursal ha sido muy recurrida la utilización de la doctrina por los tribunales anglosajones, una muestra de ello es el caso Consolidate Rock Products Co. V. Du Bois, citado por HÉCTOR JOSÉ MIGUENS en su publicación *La responsabilidad del dominante... Op. Cit.*, p.730, destacando el autor que la Corte Suprema llegó a su “resultado basándose enteramente en la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo societario”, habiendo establecido responsabilidad para la sociedad dominante con relación a las deudas de la subsidiaria. La Corte tomó en cuenta la “falta de meticulosidad respecto del cumplimiento de las formalidades societarias; de la mezcla de activos y operaciones y de la asunción por la dominante de todas las funciones de administración y gobierno de numerosos miembros del grupo, resultando de la conducta empresarial una *única operación unificada*”.

A mi parecer, es necesario distinguir dos momentos o componentes, uno de los cuales no respondería a la figura del levantamiento del velo societario.

En primer lugar, podría entenderse que a través de dicho mecanismo jurídico se prescinde de la figura societaria para determinar con exactitud quiénes y qué están detrás de ella; esto es, se deja de lado el sustrato externo de la sociedad para ingresar a la interioridad de la misma²⁶. Esto no solo implica revelar la identidad de los socios, sino también de quienes la controlan, como es el caso de los administradores no socios²⁷ o incluso de una sociedad distinta, con afán de conocer la realidad oculta o disimulada tras el ente social responde a la necesidad de comprender cuáles son los verdaderos intereses de sus socios²⁸ y controladores, en miras de verificar si tales intereses se hallan circunscriptos dentro de la razón de ser de la sociedad y de lo permitido por la ley. Considero necesario anotar que el llegar a establecerse con absoluta certeza cuáles son los verdaderos intereses de un individuo o un grupo de individuos es un asunto subjetivo e interno de cada persona que escapa de las facultades de las autoridades, en tanto y en cuanto no se exterioricen y manifiesten de alguna manera como sucede por ejemplo con las OPA (Oferta

²⁶ HILDA ZULEMA ZÁRATE, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, p. 1 (disponible en <http://www1.unne.edu.ar/cyt/2002/01-Sociales/S-038.pdf>) [ref. 29 de agosto 2010], señala que en determinadas circunstancias, será “lícito rasgar o levantar el velo de esa personalidad para penetrar en la verdad que se esconde detrás de ella”.

²⁷ Hoy en día los administradores enfrentan una serie de responsabilidades en el desempeño de sus funciones, aún cuando se trate de administradores no socios, responden ante empleados, socios, acreedores, autoridades, incluido el delicado ámbito del control antitrust. No es extraño que por ello haya aparecido en el campo de los seguros el *Director's and Officer's Liability Insurance (DOLI)*, póliza que protege al administrador de eventuales reclamos en tales circunstancias. Por otro lado, cabe recordar que de acuerdo a la Ley de Compañías ecuatoriana la administración de las sociedades puede ser ejercida por personas que no son socias de la compañía, salvo en el caso de la Comandita Simple y Comandita por acciones en las cuales el administrador debe ser necesariamente un socio comanditado, esto es, un socio solidaria e ilimitadamente responsable.

²⁸ En este sentido, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*, Tesis Doctoral, Lima, 2007, p. 235 (disponible en http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2007/guerra_cj/pdf/guerra_cj.pdf) [ref. 30 de agosto 2010], sostiene que el levantamiento del velo societario “es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo societario y se examinan los reales intereses que existen en su interior”.

Pública de Adquisición) en los casos de toma de control hostil, siendo ello ya ámbito susceptible de regulación²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, pienso que el punto de partida para la aplicación de la desestimación se da al comprobarse que a través del ente social se ha causado un perjuicio a un tercero cualquiera, situación que justificará el que los socios respondan directamente por dicho daño, quebrantándose así el principio de total separación entre socio y sociedad mantenido por el formalismo jurídico.

Dicho esto, la exigencia de una absoluta transparencia en cuanto a información de las sociedades registradas en las distintas bolsas de valores no suponen la operación del levantamiento del velo societario, así como considero que las últimas reformas realizadas a la Ley de Compañías en Ecuador tampoco implica la aplicación de dicha figura cuando se exige la entrega de información clara y precisa sobre las compañías extranjeras que son accionistas de sociedades locales³⁰. Más allá de la conveniencia o no de esta última medida, si bien es cierto en ambas situaciones mencionadas se está penetrando a la realidad oculta tras la figura formal de la sociedad mercantil, ello no supone el poner en tela de duda el mantenimiento de los beneficios sociales consagrados para cada tipo de persona jurídica.

²⁹ La Ley de Mercado de Valores ecuatoriana, con relación a la figura de la *toma de control*, prevé que quien directa o indirectamente desee tomar el control de una sociedad, ya sea mediante una o varias adquisiciones que individualmente o en conjunto impliquen la toma de control de una sociedad, deberá informar a la sociedad, al público y a cada una de las bolsas de valores de la transacción que pretende efectuar, con una determinada anticipación. Es decir, mediante la obligación de aviso que la ley prevé en las circunstancias anotadas, se busca que un asunto que se encontraría inicialmente en la esfera interna del sujeto que tiene la intención de tomar el control de una sociedad, se exteriorice para el conocimiento de, entre otros, la sociedad *target*, esto es, de la sociedad cuya toma de control es pretendida por el individuo obligado a dar el respectivo aviso. La disposición citada tiene su razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de la sociedad *target*, de sus acreedores, de terceros y/o del público en general, siendo el caso de que los primeros deberán tener oportunidad para reaccionar frente a la intención de toma de control.

³⁰ Para mayor detalle sobre las reformas a la Ley de Compañías ecuatoriana, ver apartado 2.3.3 del presente trabajo.

En segundo lugar, cuando existan causas que así lo justifiquen, se buscará limitar o eliminar los beneficios o privilegios que el otorgamiento de la personalidad jurídica brinda a los socios de una compañía³¹, debiendo distinguirse los beneficios particulares que cada tipo societario prevé³², pues no en toda sociedad la responsabilidad de los socios está limitada a sus aportes³³, por lo que no cabe confundirse personalidad jurídica con limitación de la responsabilidad. Consecuentemente, hay autores que sostienen que es necesario diferenciarse la inoponibilidad de la persona jurídica con la inoponibilidad de la autonomía patrimonial³⁴, derivando esta última del tipo

³¹ JUAN MANUEL DOBSON ÁLVAREZ, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 11 y 13, citado por CARLOS ENRIQUE QUIROGA PERICHE, *Teoría del Levantamiento del Velo Societario: ¿es aplicable en el Derecho peruano?* (http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf) [ref. 15 de agosto 2010], p. 4, mantiene una definición interesante y completa de la desestimación de la personalidad jurídica, ubicándola como “un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.

³² Sobre este punto, en la publicación de MMB, M. & M. BOMCHIL, ABOGADOS, *La Inoponibilidad de la persona jurídica societaria y el Art. 54, Tercer Párrafo, de la Ley 19.550 de Sociedades comerciales*, p.21, (<http://www.bomchil.com/cas/articulos/LA%20INOPONIBILIDAD%20DE%20LA%20PERSONA%20JUR%20C3%8DDICA%20.pdf>) [ref. 28 de agosto 2010] se indica que “Algunos autores sostienen que el efecto de la ineficacia (originada en virtud de la aplicación de la técnica de la inoponibilidad de la personalidad jurídica existente en la legislación argentina) es la inoponibilidad del *tipo societario*. En base a lo indicado, cabría distinguirse dos acepciones para la desestimación de la personalidad jurídica, “una en sentido lato y la otra, en sentido estricto” y se concluye que el párrafo tercero del Art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales (Ley N° 19.550) que recoge la doctrina materia de este trabajo, correspondería al sentido lato de la técnica en cuestión.

³³ En el caso de la legislación ecuatoriana, para los tipos societarios de la compañía de responsabilidad limitada, la compañía anónima y la compañía de economía mixta se prevé el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportaciones individuales con relación a las obligaciones sociales, a diferencia de lo que sucede con la compañía en nombre colectivo, en comandita simple y dividida por acciones, en las cuales los socios de la primera y los socios Comanditados en las dos últimas responden solidaria e ilimitadamente por todos los actos ejecutados bajo la razón social de la empresa, cuando dichos actos sean ejecutados por personas autorizadas para obrar por la compañía; por su parte, el socio Comanditado -como simple suministrador de fondos- responde únicamente hasta el monto de sus aportes).

³⁴ Los autores EFRAÍN H. RICHARD Y ORLANDO M. MUIÑO (*Derecho Societario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 730), citados por MMB, M. & M. BOMCHIL, ABOGADOS, *La Inoponibilidad de la persona jurídica... Op. Cit.*, p.20, realizan una interesante reflexión en cuanto a los motivos que existen para diferenciar a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la inoponibilidad de la autonomía patrimonial. Tal diferenciación radica en que la aplicación de la técnica de la inoponibilidad de la personalidad jurídica “no podría en forma alguna perjudicar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad para atribuir ciertos bienes a otra persona sin pasar previamente sobre un

societario mas no de la personalidad jurídica en sí misma. Por otro lado, el fin del levantamiento del velo societario no debe limitarse únicamente a establecer responsabilidad de índole económica por parte de los socios, en definitiva responsabilidad civil, pues debería admitirse que al prescindirse del ente social e imputarse a los socios los actos irregulares de la sociedad, aquellos deberían responder también en el ámbito penal, con lo cual podría darse una alternativa interesante a la discusión que existe en torno a la factibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Finalmente, debe tenerse claro que si aceptamos que el mirar la realidad que se “esconde” tras la persona jurídica es encontrarnos dentro del ámbito del levantamiento del velo societario -lo que no es del todo acertado a mi parecer-, en no pocas ocasiones sucederá que no se hallen motivos que justifiquen el desestimar la personalidad jurídica -campo que ahora sí considero responde a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario-.

En base de lo expuesto, considero que la terminología más adecuada es la de inoponibilidad de la personalidad jurídica, independientemente de que por fines prácticos en este trabajo se empleen indistintamente las varias denominaciones que la doctrina estudiada ha recibido. Con dicha terminología, estamos diciendo, en definitiva, que los socios en ciertas situaciones no podrán oponer, esto es alegar a su favor, los beneficios que derivan del ente social

proceso de liquidación o de disminución de capital social”, por tanto, la inoponibilidad no implica la anulación de la personalidad societaria ni que deba disolverse la sociedad para favorecer a ciertas personas en perjuicio de otros acreedores. En consecuencia, para RICHARD y MUIÑO “la inoponibilidad de la personalidad jurídica se integra con la inoponibilidad de la autonomía patrimonial absoluta que resulta de la constitución de tipos societarios y no de la personalidad jurídica ya que la desestimación de ésta generaría efectos no queridos en perjuicio de legítimos acreedores sociales”.

cuando autoridad competente determine que existen situaciones que así lo justifican³⁵.

Sobre los argumentos señalados, es sumamente interesante la distinción que hace el autor Ottolenghi³⁶ sobre las cuatro categorías del levantamiento del velo societario. Distingue el *Peeping behind the veil* (“espíar detrás del velo”) que consiste en obtener información sobre las personas que controlan el ente social³⁷; el *Penetrating the veil* (“penetrar el velo”) en virtud del cual se

³⁵ La legislación uruguaya, cuya Ley 16.060 -siguiendo a la ley argentina que le precedió- prevé la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando la sociedad es usada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios o terceros. Asimismo, se prevé que la declaración de inoponibilidad producirá efectos solo respecto del caso concreto que la motivó y que en ningún caso podrá afectar a terceros de buena fe, siendo esto último un gran aporte en materia de aplicación de la doctrina. Sobre el caso uruguayo, JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.107, manifiesta que “una vez estimada la demanda de inoponibilidad, la sociedad subsistirá como contrato y como persona, pero no será oponible a la persona del demandante y exclusivamente para el caso en cuestión en que se ha planteado, por lo que la sentencia que se dicte no afectará a terceros de buena fe”, reflexión de mucho interés para el análisis de este trabajo.

³⁶ OTTOLENGHI, “From peeping behind the veil, to ignoring it completely”, *Modern Law Review*, mayo 1990, vol. 53, número 3, pp 338 y ss., citado por CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Navarra, Ed. Aranzadi, 4ta. Edición, 2006, pie de página p. 123

³⁷ En el caso Tokios Tokelés vs Ucrania, ventilado ante el CIADI (disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>) [ref. 12 de febrero 2011], hay un interesante análisis sobre la aplicación del disregard of the legal entity y el análisis de la nacionalidad de las sociedades. La empresa lituana Tokios Tokelés realizó una inversión en Ucrania con el establecimiento de una subsidiaria denominada Taki spravy dedicada al negocio de publicidad en Ucrania. Taki spravy se constituyó bajo las leyes de Ucrania y la totalidad de su capital era de propiedad de Tokios Tokelés. La Demandante sostuvo que entre 1994 y 2002 llegó a invertir más de US \$6.5 millones en su subsidiaria Taki spravy; asimismo, alegó que las autoridades ucranianas incurrieron en una serie de actos que implicaban el incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Ucrania y Lituania (TBI), al afectar injustificadamente las inversiones de la Demandante en Ucrania. Tales actos consistieron, entre otros, en investigaciones invasivas a Taki spravy bajo el amparo de leyes tributarias, invalidación de contratos suscritos por la subsidiaria de la Demandante, incautación injustificada de documentos financieros y acusaciones falsas de actividades ilegales, lo que sucedió, a criterio de Tokios Tokelés como respuesta de las autoridades ucranianas a la publicación de Taki spravy de un libro que retrató favorablemente a uno de los principales opositores del gobierno ucraniano. El CIADI sostuvo que Lituania y Ucrania no habían acordado que Taki spravy, constituida bajo las leyes ucranianas, recibiera tratamiento como nacional de Lituania al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del CIADI y el TBI. Como respuesta a ello, Tokios Tokelés separó a Taki spravy como parte Demandante. Por su parte, el Demandado objetó la jurisdicción del CIADI alegando: 1) Que a pesar de que la Demandada se constituyó bajo las leyes de Lituania, no era una “genuina entidad” lituana porque era de propiedad de y se hallaba controlado por ucranianos (dos nacionales ucranianos eran titulares del 99% de las acciones de Tokios Tokelés); y, 2) La empresa Demandante no tenía actividades sustanciales en Lituania y mantenía su sede social en Ucrania. El Demandando sostiene que, en consecuencia, en términos económicos el Demandante era un inversor ucraniano en Lituania y no un inversor lituano en Ucrania, a raíz de lo cual el sostener que el CIADI tuviera jurisdicción en este caso supondría permitir que un nacional ucraniano inicie un arbitraje internacional en contra de su propio gobierno, lo cual es inconsistente con el objetivo y propósito del Convenio del CIADI. Para evitar tal situación, el Demandado solicitó al Tribunal levantar el velo societario de Tokios Tokelés y determinar su nacionalidad de acuerdo

impondrá responsabilidad a los socios por las obligaciones de la sociedad o se reconocerá el interés de ellos en los activos de ésta; el *Extending the veil* (“*extender el velo*”) que será común en los grupos de sociedades, levantándose el velo de cada sociedad; y, el *Ignoring the veil* (“*ignorar el velo*”) que viene a ser el caso más extremo, considerándose que la sociedad no fue fundada para fines comerciales sino para defraudar a los acreedores o violar la ley. Según lo expuesto, la primera categoría en mi opinión no pertenece al ámbito del levantamiento del velo societario propiamente dicho. El resto de categorías, por su parte, tendrán una misma consecuencia, el desconocimiento del aparato

a la nacionalidad de sus accionistas principales y administradores, tomando en cuenta la falta de actividad de la Demandada en Lituania y la ubicación de su sede social en Ucrania. El pedido de levantamiento del velo societario se basó en tres argumentos: 1) La definición de nacional contenida en el Convenio del CIADI y el TBI permite al Tribunal desestimar la persona jurídica a efectos de determinar la nacionalidad de la sociedad en base a la nacionalidad de sus accionistas controladores; 2) El Tribunal debe levantar el velo societario para evitar que una sociedad establecida en Lituania pero de propiedad de y controlada por ucranianos siga un proceso arbitral ante el CIADI en contra de Ucrania, cuando dicho Tribunal es el foro para la resolución de *disputas internacionales*; y, 3) La jurisprudencia del CIADI admite la práctica de un análisis del control de la sociedad en lugar de la consideración del lugar de constitución de las sociedades para definir la nacionalidad de éstas; y que, asimismo, dicha jurisprudencia apoya el levantamiento del velo societario en determinadas circunstancias como las que concurren en el caso Tokio Tokelés v. Ucrania. Con sustento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Convenio del CIADI, el Tribunal sostuvo que la sociedad Demandante era un inversor lituano por ser un ente de existencia real, fundado sobre una base permanente y segura en el territorio de Lituania, de conformidad con sus leyes y regulaciones. Con relación a la alegación del Demandado de que se debía considerar la nacionalidad de los controladores y la sede social de la sociedad controladora para definir la nacionalidad del inversor, como prevé el TBI para sociedades constituidas en un tercer estado -distinto de los países signatarios del TBI-, el Tribunal afirmó que no cabe aplicar por extensión tal supuesto al caso en estudio, ya que las partes no acordaron en el TBI dicho método alternativo para la determinación de la nacionalidad del inversor. Por otro lado, el Demandado argumentó que se debe negar la jurisdicción del Tribunal ya que el Demandado no mantenía actividades sustanciales de su negocio en Lituania, lo cual -al amparo de numerosos Tratados Bilaterales de Inversión- faculta al Tribunal a negar los beneficios del TBI a la sociedad controlada por extranjeros que no realiza actividades sustanciales en el territorio del otro Estado signatario. Sobre este argumento, el Tribunal sostuvo que el TBI entre Ucrania y Lituania no contempla el supuesto de denegación de beneficios para el supuesto mencionado por el Demandado, sin que le corresponda al Tribunal imponer límites a la aplicación del TBI en situaciones no contempladas en el mismo. El Tribunal resalta la amplia libertad con la que cuentan las partes en la suscripción de TBIs para definir en qué supuestos será competente el CIADI para conocer disputas internacionales, términos dentro de los cuales debe limitar su actuación el Tribunal. En base a lo indicado, este último negó el pedido de mirar a los accionistas ubicados tras el velo societario de la socie-donde el Tribunal acogió la doctrina del levantamiento del velo societario-, en el caso de Tokios Tokelés no se demostró que el Demandante haya incurrido en actos de fraude, malversación, ni otros que hicieran necesario desconocer el ente social en protección de un tercero. En ese sentido, el Tribunal consideró que no hubo evidencias de un abuso de la figura social del Demandante y por tanto no tenía cabida la aplicación de la doctrina en cuestión. Finalmente, el Tribunal concluyó que la Demandante era un “inversor” de Lituania, al amparo del Art. 1(2)(b) del TBI y un “nacional del otro Estado Contratante”, al amparo del art. 25 de la Convención de Viena.

social y con ello la falta de legitimidad de los socios para alegar en su favor los beneficios de la sociedad.

CAPÍTULO II

Aplicación del levantamiento del velo societario en Derecho Comparado

Partiendo de realidades y concepciones distintas, la problemática de la doctrina del lifting the corporate veil es percibida y afrontada de manera distinta por el common law y el civil law tradition, a pesar de que esta última haya iniciado su incursión en dicha doctrina en base de los preceptos jurisprudenciales de la primera, donde se originó el levantamiento del velo societario.

2.1 Consideraciones generales del Derecho Comparado

Desde la perspectiva del sistema continental; esto es, desde el respeto a la separación entre sociedad y socios, la jurisprudencia anglosajona se muestra imprecisa en cuanto a fijar un principio rector que justifique la aplicación del levantamiento del velo societario³⁸. Esto se debe a que el common law, en lugar de ser partidario del formalismo de la persona jurídica, mantiene más bien

³⁸ En este sentido, CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 77, sostiene que “en el examen del *disregard of the legal entity* en el sistema del *common law*, debemos renunciar a sentar principios precisos y seguros en el sentido correspondiente al ámbito mental del jurista continental. Tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano no se advierte del mismo modo la necesidad de una determinación de reglas y principios, en ausencia de una ley escrita”. Siendo correcta la aseveración de la citada autora española en cuanto a las diferencias que existen entre ambos sistemas jurídicos y que se evidencian a lo largo del estudio de la doctrina del levantamiento del velo societario, ello no implica que en el derecho continental podamos vanagloriarnos respecto a haber encontrado una salida clara y precisa para determinar los motivos que justificarán la aplicación de la doctrina. Es decir, la situación de incertidumbre que surge en el *common law* no es ajena al derecho continental, lo que sucede es que en uno y otro caso las aproximaciones que se han realizado para dotar de certeza a la aplicación de la doctrina se han presentado a través de formulaciones diferentes, mismas que evidentemente responderán a las prácticas y concepciones propias de cada sistema jurídico. En esta línea de pensamiento se manifiesta JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p. 24) cuando indica que “El principal problema que se planteó en el derecho norteamericano fue el mismo que se plantearía también en el derecho continental: dónde situar el límite entre el respeto a la autonomía de la persona jurídica y dónde la posibilidad de ignorarla en determinadas ocasiones”.

un afán por alcanzar la justicia material al amparo de la equidad, analizando caso por caso si es procedente acudir al *disregard of the legal entity*³⁹.

La amplia acogida que ha tenido esta doctrina por parte de ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema continental parecería ser la manifestación de una interesante superación de la brecha que tradicionalmente divide al common y civil law, lo cual sin embargo queda en entredicho al no existir coincidencia entre ambos sistemas con relación a los criterios de aplicación del levantamiento del velo societario, punto trascendental en cuanto a la esencia y entendimiento de la figura. Esta situación no hace más que poner en evidencia las diferencias técnicas y conceptuales en materia de derecho de sociedades que siguen separando al civil y common law. Profundizando un poco más, se observa que aún subsiste la principal de las diferencias, el sistema continental se mantiene en defender la necesidad de determinar mediante ley escrita principios claros y precisos, mientras que para el common law no hace falta desarrollar principios rectores conceptuales ni teóricos, amparándose en la *equity*⁴⁰ para alcanzar la justicia material en cada caso concreto, desarrollándose una suerte de criterios generales que asistirán al juez en su labor. En todo caso, el Derecho inglés se presenta como un poco menos distanciado del sistema continental⁴¹, mientras que el Derecho norteamericano es más flexible y propenso al desconocimiento del ente social, sin mantener un

³⁹ En este sentido se pronuncia CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 76, cuando indica que "...los que pertenecen al sistema continental tienden tradicionalmente a respetar la separación entre la sociedad y los socios, mientras los del *common law* se orientan más hacia la superación de dicho esquema para contemplar la consecución de la justicia material en el caso concreto".

⁴⁰ Un ámbito de la jurisprudencia anglosajona donde la equidad juega un rol muy importante es en materia concursal. Así lo manifiesta JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p. 25) cuando señala "hay que recordar que los Tribunales concursales norteamericanos son tribunales de equidad, al haberse equiparado sus facultades a las de un tribunal de equidad en el *Bankruptcy Code* de 1978".

⁴¹ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 239, hace la siguiente comparación: "En contraste con los pronunciamientos estadounidenses, la jurisprudencia inglesa ha sido muy cauta para aplicar el *disregard of legal entity*, sin embargo, excepcionalmente, lo ha hecho"

respeto a la tradición como sí ocurre en parte en el caso inglés⁴². Sin perjuicio de lo anterior, es justo reconocer la riqueza en jurisprudencia por la que destaca el Derecho norteamericano con relación a la doctrina estudiada⁴³.

2.2 *Disregard of legal entity* en el Derecho Anglosajón

La teoría del *disregard of legal entity*⁴⁴ tuvo origen en el derecho anglosajón⁴⁵, en base a la equidad y el fraude, siendo la primera el eje neutral en que se desarrolla dicho ordenamiento jurídico y, que cabe advertirse, tiene una dimensión absolutamente distinta a la que recibe en los sistemas civilistas como el nuestro. La autora española Carmen Boldó, por su parte, manifiesta que dicha doctrina se basa en el fraude y la “agency”^{46 y 47}.

⁴² CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 77, sostiene que “en los países del *common law* pueden distinguirse el planteamiento del Derecho inglés, más respetuoso con el peso de la tradición, del planteamiento del Derecho norteamericano, mucho más flexible, carente de rigor conceptualista, de carácter empírico, más pegado en cada momento a la evolución de los hechos, de la estructura económica, más dado al examen del caso en cuestión”.

⁴³ DIANA PATRICIA GARROTE CRUZ Y OTRA, *Línea Jurisprudencial sobre el Levantamiento del... Op. Cit.*, p. 42, señala que “Sin duda alguna ha sido en los Estados Unidos de Norteamérica donde mayor difusión y aceptación ha encontrado la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica.”

⁴⁴ La doctrina del *disregard*, conocida también, entre otros, como *piercing the corporate veil*, tiene como punto de partida, al igual que el levantamiento del velo societario en el derecho continental, el privilegio de la responsabilidad limitada que existe para los directores de la sociedad. En este sentido, AARON LARSON (*Piercing the Corporate Veil*, 2004, disponible en www.expertlaw.com) [ref. 27 de agosto 2010], sostiene que “una de las mayores ventajas que existe para la incursión de negocios, es la amplia protección que los directores gozarán respecto a no mantener responsabilidad personal por las deudas y obligaciones de la sociedad, en virtud de la cual, los acreedores de ésta última podrán atacar y alcanzar los activos de la sociedad, pero una vez que ellos se hayan agotado, normalmente no será procedente que se ataque los activos personales de los socios”. Sin embargo, continúa el autor, en determinadas circunstancias tales acreedores podrán perseguir el levantamiento del velo societario, “término bajo el cual se circunscribe la acción de dismantelar a la sociedad a efectos de que mediante litigio se declare la responsabilidad personal de los socios y se pueda atacar a sus bienes”. (la traducción es mía)

⁴⁵ En términos generales, según AARON LARSON (*Piercing the Corporate... Op. Cit.*), para revisar la pertinencia de levantar el velo societario, las cortes observarán, entre otros, los siguientes factores, si la sociedad ha cumplido apropiadamente los procedimientos para su constitución, nombramiento de directores, celebración de juntas anuales así como el mantenimiento de sus libros sociales; si la sociedad está controlada por una persona o grupo de personas; y, si los directores utilizan a la sociedad para fines personales.

⁴⁶ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 85

⁴⁷ En igual sentido se pronuncia JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, pp. 240, quien sostiene que en el Derecho anglosajón “se identifican conformando la teoría del *disregard*, el fraude y el *agency*.”

En el Derecho inglés los tribunales admiten su aplicación en un amplio espectro de situaciones, a mi modo de ver, extralimitando la razón de ser de dicha figura, pues se recurre a ella en una serie de situaciones sin que haya quedado claro cuáles son los criterios, motivaciones o parámetros generales que justifican la aplicación de la doctrina, según se revisará más adelante. En base a la equidad, entendida ésta como el conjunto de máximas que dan paso a la creación de nuevas soluciones o precedentes para la aplicación de justicia, Borda⁴⁸ hace un repaso de las situaciones en que en el Derecho inglés cabe levantarse el velo societario. Una de ellas es cuando se pretende obtener información sobre las personas que controlan la compañía; sobre este punto considero que no es necesario acudir al levantamiento del velo societario para contar con dicha visibilidad, ni si quiera cuando estamos frente a un grupo de sociedades en que una se presenta como controladora de las demás - escenario que en el Derecho inglés también da lugar al disregard of legal entity-, muchos menos cuando estamos frente a una sociedad que opera de manera individual. De cualquier forma, en todos los escenarios planteados, la información respecto a quiénes controlan la sociedad no tiene por qué dar lugar a intrigas ni confusiones, más aún, deberá existir siempre total transparencia sobre esa información si el ente de control cuenta con las atribuciones necesarias para ejercer una adecuada supervisión⁴⁹. De no existir tal claridad, dicha autoridad tendrá la facultad de solicitar la información que considere

⁴⁸ GUILLERMO JULIO BORDA, “El Abuso de la Persona Jurídica en el contrato de sociedad”, *Contratación Contemporánea*, Palestra Editores y Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 2001, p.275

⁴⁹ De ser así, no cabrá el que se recurra a la sociedad comercial por sí sola, o a través de los grupos de sociedades, para ocultar la identidad de los verdaderos dueños o controladores de la misma, toda vez que en las legislaciones se prevea la facultad de la autoridad, a la vez que la obligación de las sociedades, de mantener en todo monto transparentada la estructura y realidad de la sociedad. En este escenario, serán perfectamente identificables los socios ya sean mayoritarios o minoritarios, al igual que lo serán los socios de aquellas accionistas que a su vez sean sociedades comerciales en lugar de personas naturales, como sucede de manera muy frecuente.

oportuno sin que ello, nuevamente, genere el levantamiento del velo societario, pues se trata nada más del ejercicio de la facultad de inspección que debe tener el ente de control y no de la revisión de los efectos que la ley a previsto para la persona jurídica, como sucede cuando se cuestiona si debe suspenderse temporalmente, con relación a determinados actos de la sociedad, el beneficio de la responsabilidad limitada de los socios.

Otro caso señalado por Borda⁵⁰ en que cabe levantar el velo societario en el Derecho inglés es con el fin de responsabilizar directamente a los socios o reconocer el interés verdadero de estos en los activos de la sociedad; como el enunciado mismo lo dice claramente, se está indicando la finalidad de aplicar el disregard, sus consecuencias, mas no se dice en qué circunstancias la autoridad competente tendrá justificación suficiente para proceder en tal sentido.

Por su parte, hay quienes consideran que en el Derecho norteamericano hay igualmente gran permisibilidad con relación a la aplicación del disregard of legal entity. Entre los presupuestos previstos por los tribunales, según señala de nuevo Borda⁵¹, destaca la preocupación del juez anglosajón por las irregularidades que pueden surgir con motivo de la vinculación de sociedades⁵². En este sentido, se prevé que el disregard cabe cuando exista identidad entre los socios o directivos de sociedades distintas, así como cuando no haya la debida separación de sus activos. El resto de casos recogidos por los precedentes judiciales hacen referencia a casos de

⁵⁰ GUILLERMO JULIO BORDA, *Contratación Contemporánea...* Op. Cit., p.275

⁵¹ GUILLERMO JULIO BORDA, *Contratación Contemporánea...* Op. Cit., p.277

⁵² Sobre este punto, es interesante lo que sostiene MANÓVIL, R.M., en su obra *Grupos de sociedades en el Derecho Comparada*, Buenos Aires, 1998, p. 1109, citado por Guillermo Cabanellas, *Derecho Societario*, Editorial Heliasta, 2008, pie de página p. 720, al decir que “en el Derecho argentino nunca es lícita la actuación de la sociedad en desmedro del interés de la misma, ni siquiera para servir al llamado (y jurídicamente inexistente) interés del grupo...”

“fracapitalización; existencia de la sociedad con un solo socio; la no emisión de acciones; traspaso de fondos de la sociedad y el socio dominante⁵³ y la falta de vida social que se manifiesta por no llevar contabilidad alguna.”⁵⁴ .

2.2.1 Equidad, Fraude y Agency

Para comprender el tratamiento que la doctrina ha recibido en el derecho anglosajón, es necesario revisar ciertas nociones generales que recurrentemente son invocados por los tribunales del common law, tal es el caso de la equidad, el fraude y la agency. Para el efecto, es oportuno revisar el trabajo desarrollado por la autora española Carmen Bodló Roda⁵⁵, cuyas principales exposiciones esquematizaré a continuación.

La **EQUIDAD** reviste suma importancia en el campo del disregard of the legal entity⁵⁶, siendo oportuno anotar las particularidades que la misma mantiene en el Derecho anglosajón y que son tan ajenas al Derecho continental. La equidad o *equity law*, constituida como régimen, coexiste en el Derecho anglosajón junto con el *common law* o “régimen de Derecho”, manteniendo ambos regímenes su individualidad y espacio propio pese al proceso de unificación procesal producido en el seno del Derecho anglosajón⁵⁷. Importante es anotar

⁵³ En esta materia, PAOLO AMBROSIO LEONELLI y otros, *Abuso de la Personalidad Jurídica*, 2004, p. 14 (disponible en <http://biblioteca.ucl.cl>) [ref. 08 de agosto 2010], cita al caso “First National Bank of Chicago vs. F.C. Treinbein Company F.C. Treiben”, en el cual “un deudor insolvente fundó una persona jurídica conjuntamente con su esposa, su hija, su yerno y su cuñado, y aportó a ella todo su patrimonio mobiliario”, siendo el caso que el deudor insolvente acaparaba casi la totalidad de las acciones, con excepción de cuatro de ellas. El Tribunal consideró que existió transmisión fraudulenta de bienes a favor de la sociedad, indicando que dicha transmisión “influyó tan poco en que el deudor perdiera la cualidad de propietario como que se cambiara de traje”.

⁵⁴ PAOLO AMBROSIO LEONELLI y otros, *Abuso de la Personalidad... Op. Cit.*, p. 14

⁵⁵ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, pp. 85 a 101

⁵⁶ En este sentido, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 237, sostiene que “los jueces recurren supletoriamente a la equidad, convirtiéndose ésta en el principio superior para aplicar la Doctrina del levantamiento del velo societario o *disregard*”.

⁵⁷ Según J. A. JOLOWICZ, *Vistazo al Common Law* (disponible en www.juridicas.unam.mx) [ref. 20 de agosto 2010], p. 512 “la distinción entre el *Common Law* y la *Equity*, es decir, entre *derecho-ley* y *derecho-equidad*... se trata de una división de carácter altamente especializado, porque no se divide ni

que tanto en el equity como en el common law tiene aplicación la doctrina del disregard, sin perjuicio de que los principios y procedimientos de este último se deban por entero a la equidad⁵⁸. Según lo anotado, siendo entendido el disregard como una *equitable remedy*⁵⁹, su aplicación no se halla restringida a los tribunales de equidad puesto que los tribunales de Derecho recurren a ella en ciertos casos, como sucede en el ámbito de la responsabilidad civil - *torts*-.

La equity es accesoria y supletoria al common law; siendo aplicable cuando el régimen de Derecho y su normativa no prevén una acción para reparar un daño o el amparo previsto es inadecuado. Partiendo del carácter más formal y estricto del common law, enfocado en garantizar la seguridad jurídica, la equidad y sus reglas -conocidas como *máximas*-, se presenta como el medio ideal para flexibilizar a dicho régimen y aportar soluciones que se adaptan a las

separa una rama del derecho que rija a una clase especial de vínculos jurídicos... como es por ejemplo la distinción entre derecho civil y derecho mercantil en los países de sistema jurídico romanista”, siendo en realidad, como menciona el autor, interesante la dinámica bajo la cual funciona el common law y que resulta extraña a los usos y prácticas del derecho continental. Por otro lado, respecto de la actuación supletoria de los tribunales de equidad para evitar un daño irreparable, ALEJANDRA AGUAD DEIK, en Fundación FUEYO, *Estudios sobre Reforma del Código Civil y Código del Comercio*, Edit. Jurídica Santiago, Chile, 1998, p. 298, citada por PAOLO AMBROSIO LEONELLI y otros, *Abuso de la Personalidad... Op. Cit.*, p. 12, sostiene que “se estima que un daño es irreparable cuando el tribunal de derecho no concede amparo alguno o cuando el amparo ofrecido es inadecuado, insuficiente o injusto.”

⁵⁸ Según PAOLO AMBROSIO LEONELLI y otros, *Abuso de la Personalidad... Op. Cit.*, pp. 10 y 11, “Esta doctrina nace al amparo de la equity (jurisdicción de equidad); como aplicación jurisprudencial de los tribunales de equidad de EEUU...”, siendo “La utilización de la equidad en este sistema un elemento característico, de aplicación supletoria para la correcta integración del *common law*.” Asimismo, el referido autor destaca que “la doctrina del *disregard of legal entity* es una creación jurisprudencial de los tribunales de equidad en EEUU pues, como veremos más adelante más que una acción es un recurso”. Por su parte, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. xviii, se refiere al disregard como la “doctrina sustentada en la equidad”, más adelante en la misma obra (p. 237), se refiere a la equidad como “el principio superior para aplicar la Doctrina del levantamiento del velo societario o *disregard*.”

⁵⁹ De acuerdo al Diccionario de Terminología Jurídica Norteamericana, JAVIER F. BECERRA, Escuela Libre de Derecho, México, 2008, la *equitable remedy* es una acción o recurso conforme al sistema de equidad y consistirá en un recurso de carácter no monetario, por ejemplo, cumplimiento forzoso o providencias precautorias que el demandante puede intentar, cuando una condena de daños y perjuicios no es suficiente para resarcir el daño causado. Por su parte, el Business Dictionary (disponible en www.businessdictionary.com) [ref. 28 de agosto 2010] establece que la *equitable remedy* consiste en la orden del juez de que el demandado ejecute la parte que le corresponde en el contrato, en lugar de imponer una multa, misma que permitiría al demandado “comprar” su salida para evadir sus responsabilidades contractuales. Las Cortes acudirán a este mecanismo cuando a su criterio el pago de los perjuicios causados, por sí solo, no es solución suficiente en determinados casos.

necesidades cambiantes de la sociedad. Lo anterior no implica que la equidad carezca de límites, siendo el primero y más importante la falta de competencia que tienen los tribunales de equidad cuando existe una acción ante los tribunales de Derecho. Ahora bien, una característica interesante de los *remedies* es el lenguaje en el que se hallan expresados, “deliberadamente vago e impreciso, características que le vienen dadas por su propia pretensión (de la equidad) de generalidad y de versatilidad”⁶⁰.

Como quedó dicho, en el mundo del Derecho anglosajón, la doctrina del *disregard* se halla perfectamente ubicada dentro del espectro de la equidad, lo cual tiene como presupuesto obvio el que no existe en el *common law* una acción equivalente para enfrentar los casos atendidos por la doctrina en cuestión. Ahora bien, la razón por la que el *disregard* mantiene sus raíces en el *equity* y no en el *common law* tiene a su vez su razón de ser, misma que atañe al punto neurálgico del presente trabajo. Dada la complejidad de definir las causales o presupuestos concretos en que la aplicación del *disregard* garantizará la realización de la justicia al mismo tiempo que el respeto a la seguridad jurídica, en el Derecho anglosajón se percibió la necesidad de acudir al régimen más flexible que permitiera al juez remediar los abusos cometidos a través de la persona jurídica apreciando las particularidades de cada caso. En definitiva, la equidad es el recurso con el que el Derecho anglosajón afronta la dificultad de establecer parámetros puntuales en la delimitación del *disregard*, recurso que se presenta espontáneamente como un mecanismo muy conveniente para dotar de funcionalidad al *disregard of the legal entity*.

⁶⁰ JUAN MANUEL DOBSON, citado por CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo...*, *op. cit.*, p. 87

Por nuestra parte, en el Derecho continental, teniendo el mismo reto de encontrar una solución en cuanto a la aplicabilidad del levantamiento del velo societario, no contamos con un recurso análogo como el del régimen de la equidad⁶¹. Si bien a través de la jurisprudencia se podrá marcar un camino en dicho sentido, considero que para que ello sea factible debemos partir de la presunción de la persona jurídica, según ahondaré más adelante.

El **FRAUDE**, al igual que la equidad, recibe un tratamiento muy distinto en el common law frente al Derecho continental. En el primer caso, el fraude es entendido como un concepto muy amplio que, al estar dotado de gran generalidad, engloba dentro de sí nociones como simulación y dolo. Sin haberse alcanzado un concepto consensuado sobre dicha institución, en términos generales el fraude engloba actos y omisiones tendientes al engaño, mediante el incumplimiento de un deber y que trae como consecuencia la generación de un perjuicio⁶².

⁶¹ En el Derecho ecuatoriano, por ejemplo, la equidad tiene una aplicación limitada, pues si la legislación no prevé expresamente que es factible recurrir a ella en determinadas circunstancias, no será procedente que el juez se acoja a la equidad para resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Según la 6ta. regla del Art. 18 de la citada normativa, en caso de que las reglas de interpretación que preceden no pudieran aplicarse, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios de la ley del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Finalmente, la regla 7ma., indica que a falta de ley, y no existiendo ley sobre casos análogos, se recurrirá a los principios de derecho universal. En conclusión, la equidad podría ser invocada como mecanismo de interpretación de la ley o como un principio de derecho universal más no como un régimen propiamente dicho para la administración de justicia, como sucede en el common law. Un ámbito en donde la ley expresamente faculta a que se decida en equidad se da en el arbitraje, hallándose las partes facultadas para definir si los árbitros deberán resolver la causa en equidad o en derecho; si se opta por la primera opción, “los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tiene que ser necesariamente abogados” (Art. 3 de la Ley de Mediación y Arbitraje).

⁶² Según CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 90, no se ha alcanzado una definición generalmente aceptada del fraude “por la animadversión por parte del Derecho anglosajón respecto a las definiciones generales” y porque “dicha característica de generalidad que hace preferible la ausencia de definición, ya que si ésta existe podrían nacer nuevas formas de fraude que intentarían

Volviendo al campo que nos compete, en el *disregard* tiene vasta aplicación la figura del fraude asociada a la simulación⁶³, a la cual los tribunales se refieren a través de diversas metáforas; entre ellas, *mere instrumentality* y *shell corporations*, usos que han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina al igual que por los mismos jueces con motivo de la distorsión que en la aplicación de la simulación tales terminologías podrían causar. Dentro del fraude por simulación se encuadran tres doctrinas: *instrumentality doctrine*⁶⁴ (implica la concurrencia de tres factores, un excesivo control de la sociedad dominante, una conducta fraudulenta e injusta y la existencia de un nexo causal entre el primer factor y el daño causado); *alter ego*⁶⁵ e *identity doctrine*,

eludirla”. De todas formas, para buscar comprender cuál es el alcance del fraude, la citada autora recopila criterios mantenidos por los tribunales en diferentes casos, entre ellos “toda negociación injusta”, “todo acto positivo del que resulte una intención de engañar”, “el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio”; “las prácticas engañosas tendentes a privar o a que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común”, “el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera una situación real, mientras se tiene conocimiento que el verdadero estado de las cosas es otro”. De lo expuesto, se evidencia que la presencia del elemento engaño es coincidente en la mayoría de los razonamientos citados, indistintamente de los mecanismos a través de los cuales se llega a ese resultado. En definitiva, a la noción de fraude se hallará al engaño como el efecto causado por medio de la simulación, negociaciones injustas y otras actuaciones. Asimismo, al fraude se lo asociará con la consecución de resultados injustos. Por su parte, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 240, señala que “el fraude puede ser descrito como un acto, por acción u omisión, por el cual un sujeto, mediante engaño o aprovechamiento del error, en el que se encuentra una persona, alcanza un beneficio o lucro indebido...” En este punto, la autora se refiere a la equidad, manifestando que “En el contexto del fraude y su rechazo cobró vital importancia el principio de equidad, siendo que en el Derecho anglosajón, ante una simulación, se aplica el *disregard of the legal entity*”. Finalmente, AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, sostiene que “Las cortes inglesas alegarán fraude cuando los dueños de la compañía la usan como una mera fachada para evadir con sus obligaciones legales o fiduciarias. Esto será muy evidente en el caso de que el propietario de la compañía la utiliza intencionalmente para negar los derechos de los acreedores pre existentes”.

⁶³ Según AARON LARSON (*Piercing the Corporate... Op. Cit.*), las cortes podrán basarse en la figura del fraude para dejar de lado la figura societaria y dar paso a la reparación del daño en aquellos casos en que la sociedad sea un mera “farsa” o un escudo destinado a perjudicar a terceros en negociaciones inmobiliarias fraudulentas por las cuales los socios desvían los bienes de la sociedad de manera que esta última quede desprovista de los activos necesarios para responder ante las víctimas del fraude.

⁶⁴ AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, señala que la teoría de la *instrumentality* “examina el uso que se dé a la compañía por parte de sus propietarios, revisando si con tal uso se beneficie a estos últimos en lugar de a la compañía” (la traducción es mía).

⁶⁵ Según JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.25), como resultado de los esfuerzos por definir criterios objetivos para la aplicación del levantamiento del velo societario, la jurisprudencia norteamericana dio paso a la creación de “otros conceptos o teorizaciones” como la del *alter ego* según la cual “estaría justificada la penetración en el substratum del grupo y consiguiente extensión de responsabilidad a la sociedad dominante por hechos llevados a cabo por la dominada en aquellos casos en los que la vinculación existente entre ambas, por excesiva, sea contraria a la equidad”.

en base a las cuales los tribunales norteamericanos, y a partir de ellos el resto de tribunales anglosajones, recorren el velo societario de un ente cuando existe confusión de intereses entre los socios y la sociedad. Importante es anotar que, como criterio generalmente aceptado, el solo hecho de que una sociedad o persona natural controle a una sociedad no es causal para que opere el disregard, deberán mediar factores adicionales para que se configure el fraude.

Con relación a la doctrina de la **AGENCY**, nuevamente debemos decir que la noción de agencia que mantenemos en el Derecho continental difiere de la noción anglosajona, en donde ella tiene un alcance más amplio, no hallándose limitada a la figura del mandato⁶⁶. La agency alcanza a la relación donde exista un principal y un agente que actúa a nombre y bajo la dirección del primero. Quien haya contratado o mantenga una relación extracontractual con el agente, podrá tomar acciones contra el principal, sea que haya conocido o no de la existencia de este último, lo cual resulta de gran utilidad para la red de relaciones complejas surgidas al amparo de los grupos de sociedades.

Un punto muy controvertido sobre la doctrina de la agency es si existen diferencias reales entre ella y la institución del fraude como fundamentos del

Por su lado, AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, indica que “la teoría del alter ego pone en consideración si existe una naturaleza distintiva en los límites trazados entre sociedad y accionistas” (la traducción es mía).

⁶⁶ En ese sentido se pronuncia JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, pp. 240, al indicar que “La doctrina de la *agency* no es totalmente equivalente a la agencia, sino que se trata de un concepto mucho más amplio que involucra, por ejemplo, el mandato con o sin representación, el contrato de obra o de trabajo, las relaciones de los órganos societarios, la comisión, la agencia mercantil, etc. Por su parte, AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, con relación al *agency*, sostiene que “la doctrina de la separación de la persona jurídica según la cual esta última es un ente diferente a sus miembros, implica que la compañía no exista para convertirse en el agente de los accionistas. De ser este el caso, los tribunales anglosajones no dudarán en prescindir del velo societario” (la traducción es mía)

disregard. Se cuestiona si la concurrencia del fraude es requisito para recorrer el velo societario en aplicación de la agency al trastocar ella por si sola los fundamentos de sociedad y responsabilidad limitada de los socios, o si al contrario ella es autónoma del fraude por ser indiferente la concurrencia del dolo, siendo ahí donde justamente radica la distinción e independencia entre ambas figuras. Hay quienes se muestran favorables a la doctrina de la agencia e incluso manifiestan que no solo es distinta al fraude sino que incluso es contrapuesta; mientras la primera tiene como resultado el reconocimiento de la separación de sociedad y socio, el fraude niega dicha separación y encuentra una identidad entre ambos, es decir, desconoce a la persona jurídica.

Una vez revisados los fundamentos para la aplicación de la doctrina del disregard en el Derecho anglosajón se evidencia la conveniencia que encuentra éste en la coyuntura de no contar con instituciones perfectamente delimitadas ni rigorismos técnicos ni formales que restrinjan la apreciación que los tribunales puedan hacer de las situaciones sometidas a su consideración. Su desarrollo del disregard tendrá como polo la consecución de resultados y soluciones justas, lo que evidentemente no es ajeno al Derecho continental, quien sin embargo no cuenta con los mismos instrumentos con los que cuenta el common law y por ello recorre un camino distinto en pos de alcanzar una misma meta; esto es, dotar de fundamentos sólidos a la doctrina del levantamiento del velo societario.

Realizada una breve revisión de los fundamentos sobre los cuales reposa la doctrina del *disregard* en el Derecho anglosajón -lo cual permitió reparar en interesantes nociones que distinguen a dicho sistema jurídico del Derecho continental-, debemos ahora observar que igualmente al interior del *common law* existen divergencias entre el Derecho norteamericano y el Derecho inglés en la comprensión y aplicación de la doctrina en cuestión.

2.2.2 Presupuestos para la aplicación del *disregard* en el Derecho inglés A diferencia de Estados Unidos, en Inglaterra la doctrina del *disregard* generó menor debate teórico así como fue menor la acogida que recibió por parte de los tribunales. Es en el campo legislativo donde parecería que esta figura recibió mayor atención y aceptación en el Derecho inglés.

A raíz del precedente jurisprudencial emblemático⁶⁷ de “*Aron Salomon (apelante) vs. Salomon and Company Ltd. (emplazado)*”⁶⁸, de 16 de noviembre

⁶⁷ Según AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit., the Salomon case* “representa el cimiento y precedente fundamental de la doctrina de la *corporate personality* (“personalidad jurídica”) a la vez que el parámetro judicial que guía la aplicación del levantamiento del velo societario” (la traducción es mía).

⁶⁸ En base a la exposición realizada por JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, pp. 239, 328 y 329, sobre el caso en cuestión, realizaré a continuación una reseña de los hechos más importantes que motivaron el fallo, cuyo estudio a mi criterio resulta fascinante, no por el resultado obtenido, sino por el camino que se recorrió desde el juez de primera instancia y el Tribunal de Apelación hasta la Cámara de los Lores, quien manteniendo un criterio opuesto a los primeros, revocaría por unanimidad los fallos de sus anteriores y reafirmaría el concepto de la *corporation* (sociedad) como una entidad legal independiente al amparo de la *Companies Act* (Ley de Compañías) de 1862. El escenario fue el siguiente, Aron Salomon era un exitoso comerciante de cuero, quien por varios años manejó su negocio como único propietario. En 1892 decidió constituir su negocio como una sociedad limitada, incorporándose como accionistas su esposa, hija y cuatro hijos -quienes fueron entendidos por algunos de los magistrados como simples testaferros-, completando así el número mínimo de socios exigido por ley, que en aquella la época se hallaba fijado en siete. Dos de sus hijos figuraron como directores mientras que Aron S. se mantuvo como director principal de la sociedad, quien a la vez figuraba como propietario de 20.001 acciones de las 20.007 acciones de la compañía. Como último detalle, el Sr. Salomon vendió su negocio de cuero a la nueva compañía por el valor de £39.000, de los cuales £10.000 constituían una deuda a su favor; esto es, el Sr. Salomon era el principal accionista a la vez que el principal acreedor de la sociedad. Cuando la compañía entró en liquidación, el liquidador consideró que los documentos en que A. Salomon respaldó sus acreencias no eran válidos en base a consideraciones propias del fraude. El juez Williams aceptó dicho criterio, invocando adicionalmente a la figura de la *agency*, toda vez que la compañía fue creada por el Sr. Salomon con el único propósito de transferir su negocio a ella y ser usada “como un agente que hiciera negocios por él”, en base a lo cual el juez consideró que el Sr. Salomon, como director, debía ser responsable por las acreencias de terceros cuyas deudas no estaban garantizadas. El Tribunal de Apelación falló por igual en contra de A. Salomon,

de 1896, los tribunales ingleses han mantenido una postura bastante sostenida en el tiempo en cuanto al respeto de la persona jurídica, la distinción entre sociedad y socio y la limitación a la responsabilidad de los socios. Caracterizados así por su formalismo jurídico, los ingleses se distancian de los estadounidenses. Únicamente después de un proceso intrincado, el principio previsto en el caso Salomon pudo ser cuestionado y sorteado en parte por los tribunales⁶⁹, pues si bien hay quienes opinan que en el Derecho inglés moderno se prioriza a la realidad antes que al formalismo legal, parecería que a pesar del tiempo dicho precedente sigue manteniendo aún una fuerte influencia, motivo por el cual el caso Salomon vs. Salomon se ha constituido como un hito en el Derecho inglés⁷⁰.

argumentando que abusó de los privilegios concedidos por la persona jurídica y la limitación de la responsabilidad, mismos que la ley prevé únicamente para los accionistas de buena fe, no para simples títeres. Algunos de los jueces de apelación sostuvieron que la compañía era una mera ficción y que fue creada por A. Salomon con la única finalidad de continuar con su negocio pero bajo la protección de la responsabilidad limitada. Finalmente, la Cámara de los Lores rechazó la alegación de agency y fraude y sostuvo que nada en el *Companies Act* contempla que los accionistas deban ser independientes frente al accionista mayoritario, así como no se halla regulado el nivel de interés que debería mantener cada uno de los siete accionistas ni el grado de influencia que ostentará uno de ellos sobre el resto de accionistas. Respecto a que los socios fueran *personas desinteresadas*, sin influencia alguna en la administración de la compañía, el Lord Herschell manifestó que cualquiera que negocie con dicha compañía estaría al tanto de tal situación con solo mirar el registro de los accionistas y la repartición de acciones. En definitiva, la Cámara sostuvo que la compañía era persona jurídica o no lo era; y, que en caso que lo fuera, el negocio le pertenecía a ella y no al Sr. Salomon, ahora, si no le era, no habría entidad alguna y no cabría por ello la figura del agente. En conclusión, según la Cámara, era imposible alegar al mismo tiempo que hubo persona jurídica y que no la hubo. Finalmente, la Cámara se ratificó en la separación de la sociedad y socios a pesar de que antes de la constitución de la compañía el negocio era exactamente el mismo, tenía los mismos administradores y la misma persona recibía las ganancias, sin que los socios debieran mantener responsabilidad alguna por las obligaciones de la sociedad fuera de la prevista en el *Companies Act*.

⁶⁹ Un ejemplo del cuestionamiento realizado al caso Salomon se evidencia en el criterio sostenido por Lord Denning en *Lee v Lee's Air Farming* citado por ROMAN TOMASIC y otros, *Corporation Law in Australia*, The Federation Press, Sydney, Second Edition, 2002, p. 44, cuando sostiene que "La doctrina sentada en el caso *Salomon v Salomon & Co* (1897) AC 22, debe ser revisada muy cuidadosamente. Comúnmente se cree que un velo ha sido colocado sobre la personalidad de las compañías de responsabilidad limitada a través del cual las cortes no pueden ver. Pero ello no es cierto. Las cortes a menudo recorren el velo. Ellas pueden quitar la máscara, lo cual lo hacen con frecuencia. Ellas buscan mirar qué es lo que realmente hay detrás." (la traducción es mía)

⁷⁰ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, pp. 239 se refiere a dicho caso y al *Bank of the United States vs. Deveaux* como "un antecedente histórico y fuente de la doctrina en estudio muy importantes".

El tratamiento legislativo que tiene el disregard incluye varios presupuestos que viabilizarían la prescindencia del ente social; entre ellos, las actuaciones de administradores inhabilitados para actuar en virtud de sentencias judiciales que así lo declaren, así como la figura del *fraudulent trading* que tiene como antecedente la declaración de quiebra de una sociedad e incluye la noción de *culpa moral*, escenario en el cual debe existir la intención de perjudicar a los acreedores de la sociedad. Una muestra de tal intención sería el hecho de continuar contrayendo deudas a sabiendas que no se podrá satisfacer los créditos.

Por su parte, el *wrongful trading* igualmente supone que la sociedad se halle en insolvencia e introduce la noción de *shadow director* como aquel empresario oculto bajo cuyas directrices actúan los administradores de una sociedad, quienes habiendo conocido con anterioridad a la declaratoria de quiebra que no había perspectivas razonables para evitar tal declaratoria, no hubieran tomado acciones para minimizar las pérdidas de los acreedores. Llama la atención la consideración que se hace sobre las cualidades con las que el administrador o shadow director debieron actuar sin que pueda alegarse su falta de conocimiento, experiencia o habilidad, tomándose en cuenta el tamaño y características de la sociedad a tales efectos.

El Derecho inglés también contempla la doctrina de la *agency* y prevé que quien contrate a nombre propio, sin manifestar que actúa a nombre de la sociedad o si la denominación correcta y completa de ésta no consta en el documento, será responsable por las obligaciones contraídas, a menos que la sociedad las satisfaga, pudiendo repetir dicha persona contra la sociedad por tales obligaciones.

Con relación a la regulación de los grupos de sociedades, en el Derecho inglés se parte de que el acreedor de una sociedad tiene la legítima pretensión de que sus acreencias sean satisfechas por la sociedad con la que mantuvo la relación mas no por la sociedad dominante; sin embargo, en materia de insolvencia, la dominante podrá ser entendida como shadow director a efectos de imputarle responsabilidad. Una noción interesante que se desprende en este punto es la del control de una sociedad sobre otra; el simple hecho de acaparar la propiedad mayoritaria del capital social no implica por si la existencia de control, pues puede existir el caso de acciones que no entregan el derecho al voto⁷¹.

⁷¹ Con relación al control entre sociedades, es interesante el caso de Aguas del Tunari S.A. (AdT), sociedad constituida en Bolivia, misma que en 2001 demandó ante el CIADI a la República de Bolivia por la rescisión de la concesión de servicios de agua y alcantarillado sanitario para Cochabamba (disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>) [ref. 06 de febrero 2011]. AdT alegó que Bolivia transgredió el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) suscrito entre Bolivia y el Reino de los Países Bajos. Bolivia planteó la excepción de que el CIADI carecía de competencia, entre otras razones, porque AdT no era “nacional” de Holanda, al amparo del TBI. La Demandada se basó en que el control accionario de la principal accionista de AdT, denominada International Water (Tunari) SARL, fue transferido a sociedades holandesas que a juicio de Bolivia eran empresas vacías que no controlaban a AdT, pues no se hallaban en capacidad de controlar a la empresa Demandante sin el consentimiento de terceros y fueron creadas con la única finalidad de lograr que el CIADI tuviera jurisdicción. El TBI prevé que son “nacionales”, entre otros, “(iii) las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante”. En este sentido, AdT se identificó como una sociedad constituida al amparo de la legislación boliviana y “controlada directa o indirectamente por nacionales de los Países Bajos”. Sobre este punto Bolivia sostuvo que AdT no se hallaba controlada por nacionales de los Países Bajos, pues el “control final” lo ejercía una sociedad estadounidense. Adicionalmente, el Demandado alegó que el supuesto de “controlada directa o indirectamente” es “una cuestión de hecho, cuyo cumplimiento no requiere necesariamente que la titularidad accionaria pertenezca en un 100% a otra entidad”; en otros palabras, Bolivia sostuvo que el control real entraña algo más que titularidad, pues implica el “ejercicio de potestades o administración y no la mera posibilidad legal de hacerlo”. Por su parte, la Demandante defendió que al existir “un 100% de la titularidad accionaria, necesariamente existe control”. Como pronunciamiento previo a conocer el fondo de la controversia, el Tribunal concluyó que ésta se hallaba dentro de su propia competencia, entre otras razones, porque; - es algo muy usual que “un inversionista de uno de los Estados Parte constituya en el otro Estado Parte una entidad que le sirva de vehículo para su actividad de realización de inversiones”; - no existen indicios de que “el concepto de control implique necesariamente cierto grado de ejercicio activo de potestades o dirección”; - el término “control” se halla modificado por los términos “directa o indirectamente”, lo que da paso a la existencia de un controlador directo y uno o más indirectos y no supone, por tanto, el requisito de un “control final”; - la titularidad del 100% de las acciones de otra entidad necesariamente da la potestad de controlarla; - la comprobación de un “control gerencial”, como propone Bolivia, acarrea una dificultad práctica en el manejo de pruebas; - la frase del TBI “controladas directa o indirectamente” significa que “una entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad”, lo que se establece “en relación al porcentaje de acciones que se poseen”; - el TBI “no exige un control real cotidiano o final para que se configure” el requisito de control; - en el caso de AdT existe un control por parte de empresas holandesas, cumpliéndose el supuesto

Finalmente, según manifiesta Carmen Boldó⁷², existen otros casos para el levantamiento del velo previstos en la legislación inglesa. Uno de ellos se da en el ámbito del derecho fiscal, cuando la sociedad pretende eludir el pago de tributos y el otro supuesto se presenta en el derecho laboral con relación al respeto de la antigüedad de un empleado, misma que no se ve interrumpida en caso de que el trabajador cambie de empleador dentro de un mismo grupo de sociedades.

En la jurisprudencia inglesa se siente fuertemente la influencia del caso Salomon, recurriendo los tribunales a la doctrina del disregard en casos excepcionales. Al afirmarse el principio de la persona jurídica separada de los socios, muchos fallos han sido objeto de críticas por haber dado lugar a situaciones injustas. Ya en el ámbito legislativo se observa un mayor desarrollo de la doctrina, quedándose relegado en tal sentido el ámbito jurisprudencial, lo cual no deja de llamarme la atención pues estaría sucediendo exactamente lo contrario a lo que sucede en muchos ordenamientos jurídicos civilistas, como el nuestro, en donde los jueces han sido quienes mostraron valentía en la aplicación del levantamiento del velo societario, adelantándose a un desarrollo legislativo de la figura, como debió suceder según las características del Derecho continental. Mientras tanto, en el Derecho inglés, donde los jueces son quienes debieran tener el rol protagónico en la innovación del derecho, han optado ellos por aferrarse al principio formulado desde años atrás en el caso Salomon.

Para finalizar el presente apartado sobre la aplicación del disregard en el Derecho inglés, se revisará la sentencia *Adams vs. Cape Industries Plc* (1990),

previsto en el TBI. Adicionalmente, el Tribunal consideró que no se probó la existencia de abusos, fraude ni otros motivos que justificaran el desconocimiento de la forma societaria.

⁷² CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 117

misma que marcó un hito en la aplicación de la doctrina del disregard, habiéndose basado en los argumentos de la unidad económica, de la figura francesa de la *mere façade*⁷³ (mera fachada) y de la *agency* para haber declarado a una sociedad subsidiaria como una empresa de papel por haber acaparado la empresa dominante todas las acciones de esta última, la que además no realizaba actividad alguna.

Como se indicó anteriormente, las sociedades de un mismo grupo no son consideradas como una sola en todos los casos, pues son entes independientes, salvo en ciertas circunstancias en que la realidad evidenciada justifique que los tribunales traten a dichas sociedades como una unidad. En términos generales, esto sucederá cuando a través de un grupo de sociedades se pretenda evadir el cumplimiento de la ley o de obligaciones contractuales, lo que en definitiva causaría un perjuicio a un tercero.

Con relación a la institución del *agency*, es necesario precisar que no siempre la misma se constituirá en un elemento propio del disregard. Partiendo del presupuesto de que una sociedad dominante o los socios de cualquier sociedad hayan dado su autorización al agente para que actúe a nombre de ellos dentro de cierto ámbito de actuación, puede suceder que en determinados casos al identificarse a la figura de la *agency*, no se estaría desconociendo ni negando a la persona jurídica, al contrario, se estaría aceptando la separación entre ella y su socio o tercero que actuó como agente.

Ahora bien, si es que al haberse detectado la existencia de una relación de control, que para el caso inglés se basará en un control funcional antes que

⁷³ La invocación de la *mere facade* ha sido cuestionado por no existir en el derecho anglosajón las nociones jurídicas con las cuales dicha figura es aplicada en el Derecho francés. Adicionalmente, existirá la dificultad práctica de encontrar argumentos objetivos que permitan ubicar a una sociedad dentro de la figura de la mera fachada.

capitalista, se llegue a la conclusión de que existe una relación de agency y por tanto de unidad económica y se imputen los actos del agente a la sociedad controladora, ahí estaríamos frente a un caso de lifting the corporate veil.

En definitiva, la aplicación de la doctrina en el Derecho inglés destaca por haber recibido un mayor desarrollo en el ámbito legislativo que en el jurisprudencial, sobre todo en materia de derecho concursal donde se recurre a instituciones como el *fraudulent trading* (“negociación fraudulenta” que contemplará la noción de *culpa mora*), *wrongful trading* (“negociación injusta”) y el *shadow director* (“director fantasma”), siendo interesante el tecnicismo con que se juzgará la actuación de directores y administradores en el ámbito de sociedades declaradas en quiebra. Por otro lado, se nota una cierta tendencia a respetar el formalismo de la persona jurídica y la separación del socio frente a la sociedad, lo cual ha venido manteniéndose desde el año de 1897 con el caso *Salomon vs. Salomon*, mismo que marcaría un hito en el ámbito del disregard y que con el paso del tiempo ha podido ser matizado mas no superado del todo. Asimismo, se caracteriza el Derecho inglés por el respeto a la individualidad de la sociedad que forma parte de un grupo de sociedades, en tanto y en cuanto no concurren hechos que motiven a los tribunales a actuar en sentido contrario, lo que en gran parte sucederá en materia concursal tratándose a tales sociedades como una unidad o estableciéndose responsabilidades para la sociedad controlante respecto de actos de la subsidiaria. Con relación a la claridad sobre la determinación de principios rectores que guíen la aplicación de la doctrina estudiada, nos encontraremos con la misma situación de imprecisión que se evidenciará en el Derecho

norteamericano así como en gran parte de las legislaciones del sistema continental,

2.2.3 Presupuestos para la aplicación del disregard en el Derecho norteamericano

El estudio y entendimiento del disregard en el Derecho norteamericano⁷⁴ reviste mayor complejidad que en el Derecho inglés, pues si bien en ambos casos el lenguaje de la equidad es confuso por su vaguedad e impresión, lo cual se agrava con el empleo de metáforas, en el Derecho norteamericano existe además confusión en los principios e instituciones en los que se apoya el disregard. A causa de lo anterior, un mismo resultado puede ser alcanzado a través de invocar distintas instituciones cuyas diferencias radican más en el nombre que en verdaderas cuestiones de fondo; o, lo que es igual de grave, puede suceder que de la aplicación de una misma figura se generen resultados diferentes.

Un punto en que la mayoría coinciden en el ámbito del *Law of Corporations* o *Entity Law* es la dificultad que surge el establecer cuándo debe ser aceptada

⁷⁴ Una aplicación interesante que ha recibido la doctrina (entendida en su sentido más amplio) en el derecho norteamericano se da en materia de inversiones, en donde se recurre a los razonamientos propios del disregard para revisar si cabe la protección de determinados actos a la luz de los Tratados de Libre Comercio. Así lo manifiesta ELINA MEREMINSKAYA, *Nacionalidad de las personas jurídicas... Op. Cit.*, pp. 145-179, cuando analiza que los Tratados de Libre Comercio suscritos con Estados Unidos tienen aplicabilidad “aún cuando la sociedad se encuentra bajo el control indirecto de los nacionales de los Estados signatarios..., otorgándose protección a las inversiones efectuadas por intermedio de sociedades constituidas en países que no sean parte de los TLC, pero que atienden a los intereses económicos de los inversionistas nacionales de los Estados signatarios”, sin perjuicio de lo cual se recurrirá al “levantamiento del velo societario a la hora de determinar la nacionalidad de la compañía que ejerce el control”, de este modo, “no tendrá aplicación el TLC respecto de sociedades controladas por nacionales de un país con el cual ese Estado no mantiene relaciones diplomáticas o para evitar un fraude con respecto a las restricciones de un embargo”, citándose a manera de ejemplo el caso en que una sociedad constituida en Chile pero controlada por inversionistas cubanos no estará amparada bajo el TLC. Por mi parte, considero que las prácticas que acabo de anotar no corresponden en realidad a la aplicación de la doctrina, pues si bien se emplean razonamientos similares a los empleados en materia del levantamiento del velo societario, la finalidad perseguida es distinta; esto es, se busca establecer determinadas consecuencias para las sociedades en cuanto a la protección de los TLC, mas no el revisarse el régimen de beneficios concedidos a través de la sociedad para dar paso a la reparación de un perjuicio causado por hechos atribuibles a la misma -campo que ahora si corresponde a la doctrina estudiada-.

la existencia de la sociedad como ente distinto de sus socios y cuándo deberá procederse en sentido contrario. *Bank of the United States vs. Deveaux*⁷⁵ (1809) fue el primer caso en que los tribunales norteamericanos aplicaron la doctrina del disregard, apoyándose en la equidad y en la necesidad de poner un freno a los abusos que se pretendía cometer a través del ente social.

En un principio dicha doctrina se aplicaba de manera limitada al campo del fraude y de la violación a la ley; en el resto de escenarios se respetaba el formalismo societario. Con el paso del tiempo se la aplicó además a casuística relacionada con grupos de sociedades. Sin embargo, el concepto de la *agency* es el que sobresale como el más invocado por los tribunales. El problema nace cuando se la confunde con otros conceptos en virtud del uso de metáforas, como las que se citó anteriormente: *instrumentally*, *alter ego* y *shell corporation*, así como cuando se la invoca de manera superficial sin responder a un análisis profundo de los hechos, buscando simplemente salir de paso con un fundamento cualquiera para justificar la extensión de la responsabilidad de la sociedad a terceros.

Volviendo al problema de definir cuándo será oportuna la aplicación del disregard, se ha visto que en la jurisprudencia norteamericana no existe una fórmula con la cual se pueda predecir en qué situaciones los tribunales desestimarán la persona jurídica, ello dependerá de cada caso y de una suma

⁷⁵ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 238, se refiere a este caso como “Uno de los antecedentes significativos de la aplicación propiamente dicha del levantamiento del velo, que calificamos como el *leading case*”, a partir del cual “los casos de *disregard of legal entity* empezaron a ser cada vez más frecuentes”. La autora resume los hechos del mismo en torno a la impugnación que realizaron los socios extranjeros de la sociedad recurrente respecto a la competencia de la Corte Federal, alegando que ésta podía conocer “causas referidas a *ciudadanos* de un Estado” y que la sociedad, como ente separado de sus socios, “es invisible, inmortal y su existencia solo descansa en su reconocimiento por la ley, por lo cual la persona jurídica no podía ser considerada *ciudadano*”, ante lo cual el juez Marshall “se vio obligado a mirar más allá de la forma de la persona jurídica, el carácter de las personas individuales que componían la sociedad, con el objeto de mantener la competencia del Tribunal Federal.”

de factores⁷⁶. A pesar de ello, en base al estudio de los precedentes jurisprudenciales, la doctrina desarrolló la tesis de *the two prong test*⁷⁷, que consiste en analizar la concurrencia de dos factores para decidir sobre la pertinencia del disregard; *formalities requirement* y *fairness requirement*.

El primero es el *formalities requirement*⁷⁸, mismo que nada tiene que ver con el cumplimiento de formalidades legales para la constitución de una sociedad como erróneamente el lenguaje podría inducirnos a pensar. Debemos partir de que el concepto de formalidades es nuevamente demasiado impreciso y hace referencia a diversas cuestiones. En todo caso, en el derecho americano dicho factor implica la existencia de unidad de intereses⁷⁹; esto es, la confusión de intereses y patrimonio entre sociedad dominada y ente dominante, que revele el no respeto a la individualidad de la sociedad dominada, lo que podría perjudicar a terceros tales como empleados,

⁷⁶ En el caso Atlas Maritime Co SA v. Avalon Maritime Ltd, citado por AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, el juez Stmantuvo el siguiente criterio: “El penetrar al velo societario es una expresión que me la reservaría para el tratamiento de los derechos y responsabilidades o actividades de la compañía como si se tratara de los derechos o responsabilidades o actividades de sus socios. El levantar el velo societario o mirar tras de él, por lo tanto, debería significar el considerar al accionista de una sociedad por algún propósito legal”. En el caso Pioneer Concrete Services Ltd v Yelnah Pty Ltd., citado por el mismo Forji, el juez Young J. refiriéndose a la expresión *lifting the corporate veil*, hizo el siguiente análisis: “Aunque al constituirse una compañía se forma un persona jurídica separada, las cortes podrán en ocasiones, buscar detrás de la persona jurídica a los verdaderos controladores”. (las traducciones son mías)

⁷⁷ Sobre el alcance de los *test*, en términos generales PAOLO AMBROSIO LEONELLI y otros, *Abuso de la Personalidad... Op. Cit.*, p. 13, indica que “para revelar la presencia del fraude los tribunales se valen de los llamados *test*, que son indicativos de su presencia, agregando a ello el resultado de injusticia”, mismos que “varían de un tribunal a otro, pero los más recurridos son: la infracapitalización; existencia de la sociedad con un solo socio; la no emisión de acciones; traspaso de fondos de la sociedad y el socio dominante y la falta de vida social que se manifiesta por no llevar contabilidad alguna.”

⁷⁸ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 256, señala que no existe certeza de cuáles son los supuestos para la aplicación de la doctrina, existiendo sin embargo la premisa que ha sido considerada por los tribunales en cuanto al “grado con el que las sociedades respetan las formalidades sociales y particularmente la extensión y forma en que el socio dominante ejerció el control.”

⁷⁹ Nuevamente JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 256, realiza una revisión del tema estudiado e indica que “Si es que existe confusión entre el patrimonio, los negocios del socio y de la sociedad, se considerará la unidad, o sea, que exista una sola persona y se sanciona la responsabilidad del socio o sociedad dominante basándose en la conducta que éstos efectuaban, la cual es contraria a la equidad.

acreedores⁸⁰, clientes. Por ente dominante podrá entenderse al socio que acapara la parte mayoritaria del capital social de la dominada, al socio único de la dominada o a una sociedad distinta de la sociedad dominada, perteneciendo ambas al mismo grupo de sociedades. No queda claro, sin embargo, cuáles son los presupuestos bajo los cuales se configura el factor de las formalities requirement. El ámbito de las sociedades familiares, pequeñas o cerradas, conocidas como *closely held corporations*, es percibido como el más propicio para la aplicación de la doctrina del disregard, por la dificultad de distinguir la esfera privada de los socios de la esfera de la sociedad, siendo factible aplicar el concepto de unidad de intereses.

Según el segundo factor, *fairness requirement*, de no desconocerse a la persona jurídica se daría paso a un resultado injusto⁸¹. La aplicación de los dos requisitos indicados no es uniforme, habiéndose generado mucho debate si cabe prescindirse del uno o del otro en la aplicación de la doctrina de lifting the corporate veil. Una muestra de ello es que basta que se detecte una situación injusta para que se aplique la doctrina sin tomar en cuenta el otro factor.

⁸⁰ En el caso *Re Edelsten ex parte Donnelly*, citado por AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine... Op. Cit.*, la corte falló en contra del propietario de la compañía que negó sus obligaciones frente a sus acreedores, basándose en que la misma fue constituida y posteriormente utilizada con el propósito de evadir sus obligaciones o de perpetrar fraude. Lo curioso del caso fue que la corte no pudo establecer en el dueño de la sociedad la existencia de fraude en virtud de los criterios de responsabilidad limitada.

⁸¹ AMIN GEORGE FORJI, *The Veil Doctrine in Company Law, Op. Cit.*, manifiesta que en un ámbito donde los tribunales anglosajones estarán listos para aplicar la doctrina se da en torno a situaciones de injusticia, como en aquellas circunstancias donde el actor alegue que con la aplicación del disregard se alcanzarán resultados justos. Tal invocación a la justicia como fundamento para la aplicación de la doctrina la encuentro extremadamente subjetiva, pudiendo tener validez únicamente en tanto y en cuanto el juez la tome en consideración en conjunto con otras argumentaciones más sólidas y objetivas. El referido autor cita como ejemplo de la invocación de la justicia al caso *Glazing Pty Ltd v. The Proprietors of Strata Plan*, en donde el actor solicitó rasgar el velo societario de la empresa demandada alegando que la misma era una mera fachada, habiendo sido ello evidenciado -según el actor- con motivo de la actuación dudosa de su director principal quien jugó un rol muy activo, nada normal, dentro de un proceso judicial en que se hallaba inmersa la sociedad demandada. El juez rechazó la demanda alegando lo siguiente: "No creo que el atender al interés de la justicia requiera el que yo ahora permita simplemente que se levante el velo societario" (la traducción es mía)

Otra forma de aplicación del *disregard* se da por parte de los tribunales de quiebras, los cuales con fundamento en la equidad, y según los principios de la doctrina de la *equitable subordination*⁸², tienen la facultad de reordenar los créditos de la sociedad, postergando o subordinándolos en perjuicio del socio-acreedor que mantiene una acreencia. Otra facultad es la de rechazar un crédito, conocido como *disallowance*; lo que sucederá, por ejemplo, con el crédito del único socio bajo el entendido de que la acreencia se extingue por confusión entre acreedor y deudor o porque se entiende que en lugar de un crédito en realidad existió un aporte de capital. Es importante anotar que el hecho de ser socio o mantener la calidad de socio dominante no es impedimento para ser acreedor de la sociedad; sin embargo, en caso de detectarse fraude, ilegalidad o abuso, sus acreencias podrán ser subordinadas, postergadas o rechazadas en la medida que fuera necesario para reparar el perjuicio causado.

Otra dificultad que surge para la doctrina del *disregard* es su aplicación diferenciada en el campo de la responsabilidad contractual y extracontractual, hallándose este último vinculado a los presupuestos de infracapitalización de la sociedad y a la preocupación por no permitir que sociedades sin capital suficiente esquiven sus responsabilidades. Los tribunales actúan con mayor flexibilidad en la aplicación del *disregard* cuando se trata de responsabilidad extracontractual, pues parten del hecho de que el perjudicado por los actos de la sociedad no escogió el relacionarse con ella. Por otro lado, en el caso de

⁸² JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.25), se refiere a la *equitable subordination* como la técnica a la que recurren los tribunales concursales cuando “declarada la quiebra de una sociedad, concurre a la misma alguna deuda de un socio pretendiendo su preferencia respecto de otro crédito de un acreedor-tercero”. En caso de detectarse un comportamiento abusivo de parte del socio acreedor en perjuicio de éste último, el Tribunal podrá modificar el orden de prelación de los créditos del quebrado y así alcanzar la justicia material.

responsabilidad contractual, los tribunales toman en consideración que el perjudicado escogió libremente con quién relacionarse e incluso que se halla en capacidad de protegerse a si mismo mediante la posibilidad de solicitar oportunamente a la sociedad información para analizar su situación financiera, y si fuera del caso, exigirle como condición para la negociación que los socios rindan garantías personales. En este escenario, se considera que el perjudicado no estaría legitimado para acudir a la doctrina del disregard y obtener el resultado que pudo haber obtenido al momento de negociar con la sociedad las condiciones de la contratación. Para los tribunales estadounidenses, con la aplicación del disregard se estaría contrariando la repartición de riesgo que las mismas partes aceptaron como parte de la negociación. Se establecen un par de excepciones en las cuales se puede solicitar la responsabilidad personal de los socios en caso de responsabilidad contractual, como es el caso de que la información contable financiera entregada sea incorrecta.

Considero que el tratamiento que hacen los tribunales norteamericanos al disregard en el ámbito de la responsabilidad contractual es inadecuado y deja espacio para situaciones injustas, pues no existe un verdadero fundamento que justifique el distinguir la reparación de perjuicios que un agraviado pueda merecer en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. Por lo dinámicas que son las operaciones mercantiles en la actualidad, donde el tiempo es un recurso escaso, no en todo negocio habrá oportunidad para solicitar y analizar información sobre la situación financiera de la sociedad con quien se emprenden negociaciones; y, aún en caso de que se hubiera solicitado y analizado tal información, ello no exime en forma alguna a que la

sociedad honre sus obligaciones y que en caso de no hacerlo, se recurra a todos los mecanismos disponibles para que la sociedad repare el perjuicio causado por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Asimismo, no todos quienes suscriban contratos con sociedades estarán en capacidad de evaluar la información financiera entregada por la sociedad, con lo cual es evidente que no es cierto que el perjudicado pudo protegerse a si mismo y que por no haberlo hecho pierde legitimidad para exigir la responsabilidad personal de los socios.

En el campo de los grupos de sociedades, no es unánime la posición de los tribunales en cuanto a cuándo cabe desconocerse la personalidad propia e independiente de la sociedad subsidiaria y la imposición de la responsabilidad de los actos de esta última a la sociedad dominante. Nuevamente surge la discusión sobre si deben concurrir tanto el factor de incumplimiento de formalidades, entendido como unidad de intereses entre sociedad dominante y sociedad dominada, junto con el factor de resultados injustos, entendido como la presencia de fraude. Parte de la jurisprudencia se inclina por revisar en primer lugar el nivel de control que la dominante ejerza sobre la subsidiaria. La dificultad surge al momento de determinar qué circunstancias deben ser entendidas como evidencia de que la subsidiaria es un mero instrumento de la sociedad dominante y de que existe un control abusivo de parte de esta última sobre la primera.

En lo que tiene que ver con las sociedades unipersonales, la regla general es que el solo hecho de que el capital de una sociedad se halle en manos de un único socio no justifica la aplicación de la doctrina del disregard, será necesario que haya existido confusión entre la esfera individual del socio y la

espera propia de la sociedad que implique que se ha dado una desviación de los fines de ésta. De la misma manera, en las sociedades cerradas o *closely held corporations*, deberá existir una circunstancia adicional al hecho de que el capital social se encuentre repartido en un número reducido de personas, por lo general familiares, para que sea viable desconocer la forma societaria. Será necesario que existan evidencias de que la sociedad es un *alter ego* de los socios.

En definitiva, el Derecho norteamericano es característico por el empleo de metáforas por parte de los tribunales al momento de recurrirse al *disregard*, lo que indudablemente agrava la situación de incertidumbre que existe en torno a la aplicación de la doctrina y pone en evidencia la falta de criterios sólidos en base a los cuales los tribunales fundamenten sus resoluciones. Al igual que en el Derecho inglés, es importante el rol que la equidad desempeña en materia del *disregard*, especialmente en el ámbito del Derecho concursal. Por otro lado, destaca la concepción de *agency* y de la tesis del *two prong test* (el “examen de los dos elementos”), mismo en base al cual los tribunales determinarán, no siempre con uniformidad, si cabe la aplicación de la doctrina, mediante la revisión del *formalities requirement* (“requerimiento de formalidades”), relacionado a la existencia de unidad de intereses entre sociedad dominada y dominante; y, del *fairness requirement* (“requerimiento de justicia”), según el cual se analizan los posibles resultados injustos que podrán derivar de una situación concreta.

2.3 Levantamiento del velo Societario en el Derecho Continental

2.3.1 La obra de Serick

Conviene ahora revisar cómo han sido orientadas en los ordenamientos jurídicos continentales las causales para desestimar la persona jurídica. Para ello es vital recurrir a la propuesta del reconocido autor alemán Rolf Serick, siendo importante anotar que este último con su trabajo no buscó reformular el concepto de persona jurídica ni su esencia⁸³, sino ordenar los casos en que será viable aplicar el levantamiento del velo societario⁸⁴.

Si bien el citado autor entiende las diferencias que existen entre la configuración de la “*Corporation as an artificial person or artificial entity*”⁸⁵ y la persona jurídica en el derecho alemán, Serick sostiene que las formulaciones de la jurisprudencia norteamericana mucho tienen que aportar en ordenamientos jurídicos como el de su país. De corte formalista, Serick encuentra en dicha jurisprudencia que la medida del piercing the corporate veil tiene un carácter excepcional y advierte que de no tenerlo, “se sacrificarían con ello la gran conquista que ha hecho que la sociedad sea tan imprescindible en la moderna vida de los negocios: la que consiste en la limitación de la responsabilidad sobre el patrimonio de la persona jurídica”⁸⁶.

⁸³ En este sentido, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 241, refiriéndose a Serick, señala que “Además, también hace una gran crítica y reflexión al hecho que en la jurisprudencia alemana se ha privilegiado el principio de equidad a la seguridad jurídica, lo que sin duda es el fundamento de todas las posiciones contrarias a esta doctrina”.

⁸⁴ De manera general, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 241, hace la siguiente mención con relación a la obra de Serick: “Introduce la concepción relativa a que la desestimación o prescindencia de la personalidad jurídica es un tema que pertenece al campo del abuso del derecho, entendiendo en términos concretos como que la persona jurídica puede ser allanada en dos supuestos: cuando se la “utiliza abusivamente” y para los fines de “enlazar determinadas normas con la persona jurídica”.

⁸⁵ ROBERT W. HAMILTON, *The Law of Corporation*, St. Paul, West Group, 2000, p. 46

⁸⁶ ROLF SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958, trad. esp. PUIG BRUTAU, prólogo de Polo, p. 85, citado por CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Navarra, Ed. Aranzadi, 4ta. Edición, 2006, p. 64

Partiendo Serick de que la cuestión clave es el definir cuándo habrá de prescindirse del ente social para que los actos de la sociedad alcancen directamente a sus miembros, establece como criterio general que el quebrantar el principio de separación entre la sociedad y sus miembros cabe en casos especiales y particulares para evitar así resultados injustos, sin que sea suficiente el basarse en criterios tan amplios como lo son la fuerza de los hechos, la buena fe o la equidad, con los cuales no se logra convencer a nadie.

El principio fundamental bajo el cual Serick sostiene que es procedente el levantamiento del velo societario consiste en el **ABUSO DE LA PERSONA JURÍDICA**, en virtud del cual cabe que el juez prescinda de la regla de total separación entre la sociedad y sus miembros para evitar así que se produzca un resultado contrario a Derecho a través de los actos de la persona jurídica. Dentro de este principio incluye a tres categorías muy conocidas: el fraude de ley, fraude y lesión de contrato y daño fraudulento a terceros. Parece ser que Serick estableció un orden de casos supuestamente excluyentes, de tal suerte que los actos censurables de la persona jurídica estarán comprendidos en la mayoría de casos en la primera categoría, los actos que no encasillen en esta podrán estar comprendidos dentro de lo que es el fraude de contrato; y, finalmente, aquellos actos que no entren en ninguna de esas categorías estarán alcanzados por daño fraudulento a terceros. Cabe preguntarse si no bastaba con prever al fraude de ley como presupuesto suficiente para el levantamiento del velo societario, pues evidentemente todo fraude o lesión de un contrato trae implícito el quebrantamiento de la ley, al recoger esta última de manera universal al contrato como una fuente de obligaciones vinculante para quienes lo celebran bajo el principio general de que el contrato válidamente celebrado

es ley para los contratantes, así como en base a la amplia regulación que existe en los ordenamientos jurídicos en cuanto a la responsabilidad contractual. Respecto al supuesto del daño fraudulento a terceros, es difícil concebir un acto que al quebrantar la ley no cause un daño fraudulento a un tercero así sea que no exista un particular a quien el perjuicio le afecte de manera directa, podrá entenderse a la comunidad o al Estado como los afectados a causa del incumplimiento de un precepto legal cualquiera. Igual de difícil será concebir que el incumplimiento contractual no acarree un perjuicio para la parte cumplidora de sus obligaciones, lo que se mostrará con total claridad en los contratos conmutativos.

Las tres categorías señaladas no siendo absolutamente independientes ni excluyentes entre si muestran el afán de Serick de no dejar fuera ninguna situación que debiera estar contemplada dentro de los supuestos para la aplicación del levantamiento del velo societario, lo cual ciertamente no es tarea fácil. Más aún, dicho afán queda en evidencia cuando dicho autor examina problemas especiales adicionales que no guardan relación con el abuso de la persona jurídica y en los cuales cabe asimismo el prescindirse de la estructura formal de la persona jurídica.

Dentro de **FRAUDE DE LEY**, Serick encasilla a los actos realizados por los socios utilizando a la persona jurídica para evadir el cumplimiento de normas a los que ellos individualmente están obligados a acatar, de lo que resulta aquello que la ley justamente prohíbe y/o sanciona⁸⁷. Siendo así, el incumplimiento del mandato legal aparecería imputable a la sociedad y no al socio, sea que aquella fue creada precisamente con fines ilícitos o que habiendo ya existido,

⁸⁷ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 241, se refiere al fraude a la ley “cuando el resultado que la ley rechaza se obtiene por un camino que la ley no ha previsto y cuando precisamente la *ratio legis* de la norma era que tal resultado no se produzca.”

desvió su razón de ser. Habría que definir en este primer supuesto planteado por Serick si es requisito para su configuración que exista la intencionalidad de los socios de recurrir a la persona jurídica para abstraerse del cumplimiento de las obligaciones legales que como individuos les corresponde observar o por el simple hecho de incumplirse un mandato legal a través de la persona jurídica es causa suficiente para prescindirse del ente social, lo que parece más lógico.

Por **FRAUDE Y LESIÓN DE CONTRATO** se consideran los casos en que un contrato es incumplido mediante el desdoblamiento de la personalidad jurídica de la sociedad y su(s) socio(s). Este supuesto se origina con la adquisición de obligaciones contractuales, principalmente de obligaciones negativas -de no hacer-, por parte de un individuo frente a un tercero, posterior a lo cual dicho individuo crea una persona jurídica o recurre a una ya existente para abstraerse del cumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a ese tercero. En materia de competencia se encuentran los casos más comunes de interposición de una persona jurídica para el incumplimiento de obligaciones contractuales de no hacer. Serick distingue dos escenarios, el uno de ellos es el antes indicado; esto es, que una persona natural que ha contraído una obligación contractual se oculte tras una persona jurídica para contrariar aquello a lo que se obligó, lo cual dará pasó al levantamiento del velo societario. El otro escenario se da cuando una persona jurídica es quien contrae obligaciones contractuales frente a un tercero y son los miembros de la primera quienes realizan los actos o negocios que se hallaban prohibidos para la persona jurídica al amparo del contrato celebrado⁸⁸. En esta situación se

⁸⁸ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 241 señala el siguiente ejemplo de desdoblamiento de la sociedad para burlar un contrato, “A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Este acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B quienes han creado la sociedad X precisamente con el objeto de realizar el acto”

vislumbra una vez más el hermetismo jurídico que caracteriza a Serick al sostener que quien contrata con una persona jurídica conoce de antemano que los socios no quedan vinculados a dicha relación contractual, lo cual si bien es cierto, no obsta a que en caso de suscitarse aquello se revise si la actuación de los socios responde a motivaciones de buena fe o si en realidad se han aprovechado de la figura de la persona jurídica para sacar un provecho no legítimo. De hallarse de por medio una empresa unipersonal será más evidente la mala fe con que actúa el socio unitario. Por otro lado, en términos generales, considero que en el caso de una empresa grande no serán imputables a la persona jurídica las actuaciones del socio que realiza los negocios prohibidos a la primera, sin el conocimiento o consentimiento de la empresa.

El **DAÑO FRAUDULENTO A TERCEROS** como último supuesto planteado por Serick dentro del abuso de la persona jurídica, se refiere a los casos que no pudieran ser incluidos dentro de fraude de ley ni de fraude y lesión de contrato. Ejemplos de ello son la reducción del patrimonio de la sociedad en afectación de sus acreedores y la del préstamo otorgado por el único socio a la sociedad unipersonal en perjuicio asimismo de los acreedores si es que se diera la liquidación de la sociedad. Respecto de este último supuesto, interesa anotar que como terceros estarían comprendidos en primer lugar toda persona ajena a la sociedad que mantiene un interés en ella ya sea como acreedor de la misma o por tener un legítimo derecho cualquiera; adicionalmente, debe incluirse a los mismos socios, al Estado -por ejemplo en lo relacionado con la materia de contratación pública- e incluso la comunidad, como en el caso de que una compañía cause daños ambientales.

Finalmente, Serick señala los problemas especiales por los cuales cabe levantar el velo societario y que, como se dijo, no guardan relación con el abuso de la persona jurídica. En términos generales, el autor se refiere a la problemática que surge en el seno de los grupos de sociedades en cuanto al espectro de actuación de la sociedad dominante y dominada. Asimismo, menciona los problemas de aplicación y de interpretación de la norma con relación a la persona jurídica, analizando si cabe aplicar a esta última normas previstas para la persona natural. En estos escenarios, Serick indica que se debe realizar una valoración sobre la importancia de la norma a ser aplicada, de la finalidad legislativa de la misma y de la necesidad económica para en base de ello encontrar si existe una justificación caso por caso para prescindirse del ente social a pesar de que no ha existido un abuso de la persona jurídica. En definitiva, el levantamiento del velo societario, en estos casos, viabilizará que la finalidad de la norma sea alcanzada -esto es, protegerá la eficacia de la norma-, para lo cual es requisito que se trate de una norma de tal valor fundamental que justifique romper la regla de separación entre sociedad y socios. Tarea de gran complejidad impone Serick a los jueces en cuanto a crear precedentes jurisprudenciales uniformes en donde se determine cuáles normas por su valor justificarán el levantamiento del velo societario en casos donde no ha existido un abuso de la persona jurídica. Existiendo mucho espacio para la subjetividad, a mi criterio se pone en riesgo la permanencia del carácter excepcional de la figura en cuestión y que Serick defiende a lo largo de su trabajo. Lo señalado no implica defender que en los casos de abuso de la persona jurídica se vislumbren con facilidad o se hayan desarrollado criterios objetivos decisivos a través de los cuales el juez pueda

recurrir al levantamiento del velo societario con total tranquilidad de que la seguridad jurídica se mantiene intacta a la vez que se ha hecho justicia con quien ha sufrido un perjuicio cometido por individuos escudados en el aparataje social de la persona jurídica. Según señala la autora española Boldó⁸⁹, el mismo Serick “años después de la primera edición de su libro, reduce los casos a los que aplica esta doctrina a los de alteración de los fines sociales y al problema de la actuación de los grupos⁹⁰, consciente de que llevar las cosas demasiado lejos, en este sentido, sería relativizar demasiado el concepto de persona jurídica”. En igual sentido se pronuncia Hurtado Cobles cuando manifiesta que “Más tarde el propio autor reducirá los casos a los de alteración de los fines sociales y los de actuación en grupo”⁹¹.

A pesar de las críticas que Serick formuló en contra de las cláusulas generales y expresiones lingüísticas ambiguas como el poder de los hechos, el mismo autor alemán ha sido cuestionado en cuanto a que su fórmula del abuso de la persona jurídica reviste de igual vaguedad e incertidumbre al momento de justificarse la doctrina del levantamiento del velo societario. De todas formas, para otro sector de la doctrina, según señala Hurtado Cobles⁹², “Para muchos autores, tras la obra de Serick, el planteamiento del problema quedará delimitado con relación a los límites y los criterios de aplicación de la técnica del levantamiento del velo sin necesidad de volver atrás a discutir sobre la

⁸⁹ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 75

⁹⁰ Como se ha venido mencionando en este trabajo, el ámbito de los grupos de sociedades ha sido muy propicio para la aplicación de la técnica de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. El 21 de mayo de 1999 la Corte Nacional de Comercio argentina, en el caso Sanatorio Humboldt, SA v. Daripor, SA, citada por JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.82, resolvió sobre la extensión de la quiebra de una sociedad a otra al considerar que en la accionada se configuró un “ente societario ficticio”, toda vez que no desarrolló la actividad inmobiliaria prevista en su objeto social, habiéndose limitado a la adquisición de inmuebles de propiedad de sus propios accionistas, lo que llevó a la Corte a considerar que se hallaba en presencia de una sociedad cuya personalidad jurídica sólo es aparente, y que se erigió en un recurso frustratorio de derechos de terceros”.

⁹¹ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.35

⁹² JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.36

procedencia o no de su empleo en un sistema de *civil law* y la necesidad de reformulación del concepto de persona jurídica”. En efecto, es innegable la trascendencia de la obra de Serick en los ordenamientos jurídicos del sistema continental, pues si bien aquella ha merecido revisiones y reajustes, en muchos casos permitió superar, por lo menos temporalmente hasta nuevo aviso, la intrincada discusión sobre la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica; y, en su lugar, se ha dado paso a la aplicación de una novedosa técnica de origen anglosajón para la atención de situaciones reprochables derivadas del actuar de las sociedades mercantiles.

2.3.2 Derecho español

Como ha sucedido en numerosos países, en España la figura del levantamiento del velo societario fue recogida en primer lugar por la jurisprudencia, lo que sucedió relativamente hace poco tiempo, en los años ochenta. Sin perjuicio de ello, ya “desde la década de los años cuarenta se venía apreciando una pérdida paulatina de contenido del concepto de personalidad jurídica en su acepción formalista”⁹³. Sería con la traducción al castellano de la obra del autor alemán Serick cuando la doctrina del levantamiento del velo societario empezó a tener cabida en el Derecho español. Con anterioridad a la doctrina en cuestión, el Tribunal Supremo español acogió la *doctrina de terceros*⁹⁴, la cual si bien es cierto no puede ser

⁹³ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.33

⁹⁴ Nuevamente en la obra de JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p.37), encontramos una referencia al tema que estamos revisando, esto es, a la doctrina de terceros, la cual según el autor “si bien ni en su formulación ni en sus criterios coincidía con la doctrina anglosajona del *disregard*, venía a resolver casos similares con idéntico resultado, partiendo del planteamiento de cuestionar en determinados casos si la sociedad como tal, podía ser considerada o no como un posible tercero respecto de actos, contratos o situaciones aplicables, en principio, a sus socios”. Como exponente de la doctrina de terceros, HURTADO COBLES menciona al fallo de 12 de diciembre de 1950, en el cual se concedió la pretensión del actor de que se declarare la nulidad de los actos de adjudicación de una finca

equiparada en su totalidad con la figura del disregard, es coincidente con esta última en su afán de rechazar situaciones inadmisibles y reprochables cometidas a través del ente social, planteándose la doctrina de terceros que lo oportuno en determinados casos es que la sociedad sea considerada como un tercero ajeno frente a los socios y en otros casos, al contrario, lo deseable será que sociedad y socios sean considerados como una unidad.

El punto de partida en la jurisprudencia española en la aplicación del levantamiento del velo societario está dado por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984. Como señala Carmen Boldó⁹⁵, la importancia del fallo viene dada por dos aspectos. El primero tiene que ver con la formulación de los fundamentos que justifican el levantamiento del velo, mismos en los cuales el Tribunal Supremo ha venido basando sus resoluciones para desestimar el aparatage social, en algunos casos incluso citando dichos fundamentos en su integridad y de manera literal; aspecto que sin embargo no es del todo sólido, como se verá más adelante⁹⁶. El segundo motivo surge de la consecuencia singular a la que se llega con la aplicación de la técnica del levantamiento, pues el fallo no concluye sobre la existencia de una identidad en los intereses de socio y sociedad, como es lo común, sino que se concluye todo lo opuesto; esto es, que entre ambos existe una contradicción de

rematada a la sociedad que ejecutó la hipoteca y que al disolverse la sociedad sería adjudicada más adelante a uno de los socios. En este caso el Tribunal “negó la condición de tercero de buena fe al socio adjudicatario... por cuanto debía conocer la existencia de los defectos procedimentales alegados, realizando un llamamiento a la ética y considerando comunicable la mala fe entre la sociedad adjudicataria y sus socios”.

⁹⁵ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, pp. 186 y 187

⁹⁶ Sobre este punto, es importante lo que señala JOSÉ HURTADO COBLES (*La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p. 42) cuando indica que en base a esa primera resolución le han seguido un “importante número de resoluciones, ... que haciendo uso de la misma formulación, ... han supuesto su entera confirmación y empleo progresivo hasta poder afirmar que se ha convertido en una institución de creación judicial plenamente integrada en nuestro derecho mercantil, aunque ello no necesariamente signifique una mayor delimitación y especificación de la misma, hasta el punto de que actualmente doctrina y jurisprudencia coinciden en la necesidad tanto de evitar su uso abusivo como de una mayor concreción de la doctrina”.

intereses. A lo señalado, debe sumarse lo manifestado por Hurtado Cobles⁹⁷ respecto a que lo curioso de este primer fallo que recoge la doctrina es que corresponde a un caso de responsabilidad extracontractual, materia en que el fraude parece ser menos presumible

Ahora bien, a pesar de la trascendencia que tiene el fallo de 1984 por las razones indicadas, ha sido objeto de muy severas críticas pues su fundamento se apoya en instituciones diversas e independientes, que incluso podrían resultar no compatibles entre sí, como lo son la equidad, la buena fe, el fraude de ley, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del derecho, cuestionándose rigurosamente si para un mismo supuesto cabe el recurrir a figuras distintas, cuyos presupuestos de hecho están previstos en el ordenamiento jurídico por diversas situaciones y requisitos, así como se ha criticado que con dicha fórmula lo que se ha obtenido es una situación peligrosa al dejar al libre arbitrio del juzgador la definición de levantar el velo del ente social. Adicionalmente, en el fallo no se profundiza sobre la aplicación de cada una de dichas instituciones, evidenciándose la dificultad que tuvo el Tribunal Supremo español, al igual que todos quienes han optado por acudir a la doctrina del levantamiento del velo societario, de establecer criterios claros y puntuales que justifiquen la aplicación de la doctrina. En definitiva, lo que hizo el Tribunal es establecer una fórmula amplia que le permitiera abarcar una generalidad de supuestos para desestimar la personalidad jurídica. Se llega a sostener que en realidad no existe tal doctrina sino una mera expresión metafórica, lo que nos recuerda las críticas que ha merecido el disregard en el

⁹⁷ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* Op. Cit., p. 40

mundo del common law por el uso de metáforas que han contribuido a crear la confusión que gira entorno de la doctrina.

La jurisprudencia española es consciente del conflicto en que entran la justicia, como uno de los *valores superiores* previstos en la Constitución española, y el principio *informador* de seguridad jurídica en el ámbito del levantamiento del velo societario, situación ante la cual el Tribunal Supremo de manera prudente y restrictiva, en apoyo de la equidad y la buena fe, parece dar preferencia a la justicia material. Sin perjuicio de lo cual esta situación no ha pasado desapercibida, recriminándose si el alterar los efectos jurídicos que la ley ha concedido a una figura genera mayor daño que el causado por el mal uso de la misma. Por otra parte, están quienes sostienen, a mi criterio con acierto, que el pensar que el respeto maquinal de la persona jurídica no implican en realidad la defensa de la seguridad jurídica, pues sostener aquello es consecuencia de analizar la situación con superficialidad. Una defensa excesivamente formalista de la persona jurídica simplemente es insostenible. Adicionalmente, debemos tomar en cuenta que la seguridad jurídica no es un principio absoluto; es más, se halla ligado a la consecución de la justicia, a criterio del Tribunal Constitucional español. Finalmente, si por seguridad jurídica entendemos al principio en virtud del cual los individuos pueden predecir las consecuencias de sus actos, pues tienen certeza sobre el alcance de sus derechos y obligaciones, protegiéndose de este modo la confianza en el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que no se ve afectada la seguridad jurídica si partimos del hecho de que los socios conocen desde un principio que el desviar los actos de la sociedad de la legalidad causará resultados reprochables que no serán permitidos y que acarrearán que los socios no

puedan alegar en su favor los beneficios de la forma social y la limitación a su responsabilidad.

Ya adentrándonos en el análisis de los fundamentos que la sentencia de 1984 establece para el levantamiento del velo societario, en apoyo de los preceptos previstos en el Código Civil español, comenzaremos por una breve reflexión de la situación que la **EQUIDAD** mantiene en el Derecho español. Comenzamos por advertir que el problema que se plantea en torno a ella inicia con la falta de un concepto claro y preciso sobre la equidad. La autora española Carmen Boldó⁹⁸ sostiene que el concepto de equidad es equívoco y ambiguo y ensaya al menos cuatro sentidos diferentes para dicho término. Considero que la complejidad de la equidad se da más bien en el ámbito de definir cuáles serán sus funciones, al igual que su limitación y regulación como régimen complementario para la administración de justicia. Ya su concepto será establecido por el legislador y la doctrina una vez que los puntos anotados queden esclarecidos.

En todo caso, en el Derecho español parecería que se optó por dar un tratamiento prudente a la equidad, recurriendo a ella el Tribunal Supremo de manera restrictiva y estrictamente subsidiaria, cuando la ley autoriza al juez expresamente a aplicarla como sucede en el arbitraje de equidad. En lo señalado se sustenta una de las críticas más fuertes que ha recibido la aplicación del levantamiento del velo societario por parte de los tribunales españoles, pues no existe un precepto en dicha legislación que permita desestimar la personalidad jurídica con fundamento en la equidad.

⁹⁸ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, pp. 202 y 203

A pesar la resistencia que ha generado la equidad, por justificadas razones, no por ello se desconoce su importancia al haberse constituido en la herramienta que permite al juez actuar con creatividad y esquivar situaciones injustas causadas por una aplicación excesivamente estricta de la ley. La pregunta que surge ahora es por qué el legislador no ha reglado en el ordenamiento jurídico español la aplicación de la doctrina con fundamento en la equidad, para la cual existen nuevamente justificadas razones que evidencian lo intrincado de la situación. Si bien muchos coinciden en que no es lo óptimo el prescindirse del todo de la equidad, el reconocerla de manera expresa tampoco se presenta como el camino más conveniente, por la dificultad que implica el establecer límites objetivos a su aplicación que impidan la generalización de casos en que se recurra a la equidad en perjuicio de la seguridad jurídica, que si bien no es un principio absoluto, es indiscutible la trascendencia de precautelar su protección en todo ordenamiento jurídico.

El siguiente fundamente a ser analizado como sustento del fallo de 1984 es la figura del **FRAUDE DE LEY**, a la misma que se la distingue de la figura de los actos contrarios a la ley, sin que la distinción entre ambas sea absolutamente clara. En todo caso, en la primera, a diferencia de la segunda, la violación al precepto se lo hace de manera indirecta, a través de la elusión de la norma. En el fraude de ley se busca obtener el resultado prohibido por el precepto legal (denominado *norma de cobertura* y bajo la cual se escuda quien incurre en fraude). Por tanto, partimos del hecho de que existe una norma que tutela un bien jurídico, el cual resultará vulnerado con motivo del fraude; de no existir dicha norma, estaríamos en presencia de un acto contrario a la ley y no ante la figura del fraude de ley. Adicionalmente, en el Derecho español se han

realizado esfuerzos por distinguir al *fraus hominis* del *fraus legis*. El primer caso suscita cuando el acto fraudulento, amparado en una norma de obertura, causa un perjuicio a un tercero; en el segundo, se busca eludir un precepto obligatorio, sin que exista la finalidad de perjudicar derechos de terceros, lo cual en muchos casos será complicado de determinar con objetividad, pues la intencionalidad o finalidad con que se realizan los actos escapa de la capacidad de análisis y pronunciamiento del juzgador por obvios motivos. Hay quienes sostienen que en realidad existe un solo fraude, el *legis*, pues tanto en este como en el *hominis* se busca eludir el cumplimiento de un deber jurídico, siendo más preciso señalar que en ambos casos el resultado es el incumplimiento de un deber jurídico. A mi parecer dicha apreciación es correcta, más que nada porque la violación de toda norma legal tendrá como contrapartida implícita o explícita la existencia y vulneración del derecho de un tercero, ya sea que se trate de un sujeto particular identificable o de una comunidad de sujetos.

En el análisis de esta figura como supuesto para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, se ha visto que tanto los tribunales anglosajones como los continentales recurrentemente sustentan sus fallos en la existencia de fraude, sin que debamos olvidar que en el common law el concepto de fraude es mucho más amplio que en el civil law. Volviendo al Derecho español, se ha señalado que las normas de cobertura que se vulneran y que justifica el desconocimiento del velo societario son las relacionadas a la persona jurídica, las que defienden la existencia de la sociedad como ente autónomo de sus socios y las que establecen el beneficio de la limitación de la responsabilidad de estos últimos. Justamente los preceptos que establecen la

exclusión de la responsabilidad de los socios serán los que se presenten como las normas de cobertura óptimas para realizar actos tendientes a obtener un resultado contrario a la ley. Así como se hizo referencia al temor que existe en cuanto a la generalización y uso desmesurado de la equidad como fundamento para el desistimiento de la persona jurídica, lo mismo sucede en cuanto al uso de la institución del fraude, pues un exceso en dicha práctica podría acarrear la imposición de prohibiciones no previstas por el ordenamiento jurídico, en perjuicio nuevamente de la seguridad jurídica. En el ámbito del fraude encuentro que existe mayor oportunidad para un manejo objetivo y racional de la doctrina, pues al analizarse determinada situación será factible el que se establezca si existió o no fraude. De constatarse que en efecto se produjeron actos violatorios a la ley, se tendrá un justificativo sólido para la negación del aparataje social.

Finalmente, se analizará a la **BUENA FE** y al **ABUSO DE DERECHO** como fundamentos para la aplicación de la doctrina.

En el Derecho español, el principio de la buena fe se halla recogido por el Código Civil, a pesar de lo cual no existe uniformidad respecto a su concepto y nuevamente nos encontramos frente a una noción caracterizada por la generalidad, situación que, como hemos visto, se presenta en no pocas ocasiones en el sistema continental. En términos generales, se entiende a la buena fe como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, hallándose atada a la exigencia del leal actuar, socialmente considerado ético. Uno de los ámbitos donde se manifiesta el principio de la buena fe es en la doctrina de los actos propios, según la cual no cabe que quien cree la apariencia de determinados hechos, más adelante los niegue frente a terceros que actuaron

conforme a la apariencia creada. En este sentido, Serick encuentra inaceptable que se pretenda ejercer un derecho que contraría una conducta que ha quedado sentada como precedente y en la cual terceros confiaban, habiendo adaptado estos últimos sus actos a dicha conducta.

En el campo del levantamiento del velo societario, la doctrina de los actos propios impedirá que dos sociedades que han venido actuando frente al público como una unidad aleguen en determinada situación ser dos entes separados y autónomos, esgrimiendo la existencia de la persona jurídica. Este proceder sería una muestra clara de ruptura de la buena fe en aplicación de la doctrina de los actos propios.

En materia laboral, en el Derecho ecuatoriano, la supremacía de la realidad frente a la apariencia se muestra de manera muy clara y determinante cuando se da prevalencia a los hechos que suceden en la práctica en la relación surgida entre dos individuos por sobre cualquier apariencia que pueda incluso estar recogida en un contrato escrito. Volviendo al campo que nos ocupa, la valoración de la realidad versus la apariencia es una pieza clave, pues el pronunciarse a favor de la primera es en definitiva el resultado al que se llega de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, a raíz de que los socios o terceros desvíen la razón de ser de la sociedad para utilizarla como un caparazón, como el instrumento ideal para crear una apariencia falsa y aprovecharse de esa coyuntura⁹⁹.

⁹⁹ Un ejemplo donde se evidencia la prevalencia de la realidad por sobre la apariencia, entre otros asuntos de interés, es el fallo del Tribunal Supremo de Justicia de Catalunya de 13 de julio de 1998, citado por JOSÉ HURTADO COBLES (*La doctrina del levantamiento...* Op. Cit., pp. 70-72). Este caso pone de manifiesto la complejidad de definir quién es el titular de las obligaciones laborales frente a los trabajadores de un sociedad perteneciente a un grupos de empresas, si lo es la empresa que formalmente contrató al trabajador o si existe responsabilidad solidaria entre todas las empresas del grupo. Sobre este punto, el Tribunal cita algunos fallos donde se manejan criterios interesantes; esto es, el que “los vínculos accionariales o de gestión (económica u organizativa) no alteran por sí mismos..., la consideración de las sociedades como entidades autónomas o separadas” (STS 3 de mayo 1990); y, el que “no es suficiente

En opinión de la autora española Carmen Boldó¹⁰⁰, la doctrina de los actos propios puede ser el camino para la fundamentación de la doctrina del levantamiento del velo societario en determinados casos en que concurren los presupuestos para la aplicación de la primera. A continuación señala que en estos últimos, al igual que en los casos donde cabe la aplicación de la institución del fraude, parecería ser que carece de sentido el considerar al levantamiento del velo societario como una técnica especial, siendo nada más una expresión metafórica utilizada para aquellos supuestos de fraude de ley o actuación contraria a la buena fe en los que interviene una sociedad y cuyo resultado será el desconocimiento de la persona jurídica.

Si bien considero que tanto fraude como buena fe son dos pilares importantes en que se apoya el *disregard*, no encuentro que con la sola aplicación de ambos, sin consideración alguna de la doctrina materia de este estudio, quepa desconocerse legítimamente al ente social, cuya existencia se halla reconocida por la ley. Para que esto proceda será necesario el recurrirse a una institución independiente y debidamente concebida, en virtud de la cual

que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores” (SSTS 30 de enero 1990). Sin embargo, estos criterios evidentemente no serán absolutos y podrán resultar inaplicables cuando de las relaciones surgidas al seno de los grupos sociales se pretenda afectar los derechos del trabajador, incurriéndose en los presupuestos de fraude de ley o abuso de la personalidad jurídica, en cuyo caso será pertinente la aplicación de la doctrina de la desestimación del ente social. El fallo de 13 de julio de 1998 adicionalmente realiza una recopilación de las situaciones que la jurisprudencia española ha catalogado como fraude de ley o abuso de derecho; mismas que JOSÉ HURTADO COBLES las recoge en su obra *La doctrina del levantamiento...* Op. Cit., pp. 70-72, y que son las siguientes: la existencia de una *plantilla única*, lo que implica que las sociedades del grupo se benefician de los servicios de trabajadores contratados formalmente por otra sociedad del grupo, dándose cabida a la *prestación de trabajo común o simultánea*; la existencia de una *caja única* o *patrimonio social confundido* lo que a su vez se manifiesta en situaciones como la condonación de deudas importantes entre sociedades del grupo, la satisfacción de remuneraciones y cuotas de la Seguridad Social por parte de una de las sociedades, la “existencia de negocios jurídicos sin claras contraprestaciones”, entre otras; y, la “apariciencia externa unitaria o un *empresario aparente*” lo que se evidencia en actos de las empresas tales como “ofertas de empleo, referencias de prensa, publicidad de bienes y servicio” que dan la apariciencia externa de tratarse de una sola empresa. En estas situaciones, la jurisprudencia ha determinado que “quien crea una apariciencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariciencia como una realidad”

¹⁰⁰ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo...* Op. Cit., p. 232

sea factible el imputarse responsabilidad a los socios por actos de la sociedad, una vez revisados los presupuestos que el levantamiento del velo societario prevea para su aplicación. El fraude y la buena fe, a través de la doctrina de los actos propios, al estar de una u otra forma recogidos en los ordenamientos jurídicos, atacan la legalidad de aquellos actos que contrarían el campo de acción de cada uno. En definitiva, en base a ellos bien podría declararse que ciertos actos cometidos por el ente social son ilegales y que por lo tanto la sociedad, como persona jurídica que goza de capacidad legal para obligarse, deba asumir la reparación de los daños causados con el respaldo del patrimonio social con que cuenta a efectos de desarrollar sus actividades y de responder frente a terceros cuando ello sea procedente; sin embargo, otro escenario es el declarar que serán los socios, en lugar de la sociedad, quienes deban responder personalmente ante determinada situación, desconociendo el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la separación entre sociedad y socios.

Adicionalmente, a mi criterio, la doctrina de los actos propios no viene a ser una solución en cuanto a establecer la certeza que tanta falta hace al momento de definir los criterios precisos que justifican la aplicación del levantamiento del velo societario, pues si se revisan los presupuestos de la doctrina de los actos propios, encontraremos que habrá complejidad y falta de certeza al buscar determinarse si en efecto se cumple el requisito de la contradicción o incompatibilidad entre la conducta que genera el precedente y la pretensión posterior del creador del precedente. Sobre este último punto conviene citar lo que manifiesta Díez-Picazo¹⁰¹ con relación a la doctrina de los actos propios, al

¹⁰¹ DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, p 229, citado por CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo... Op. Cit.*, pie de página p. 232

señalar que “la contradicción tiene que existir; un resultado disconforme con la buena fe, pero producido sin contradicción podrá ser sancionado por otra vía (v. gr. como abuso de derecho, etc.) pero no por ésta. Sin embargo, la contradicción no tiene que ser rigurosamente lógica. Basta una incompatibilidad de conductas según el criterio imperante en la conciencia social”.

Para terminar el análisis de la buena fe, debe mencionarse que en la jurisprudencia española donde se la invoca, se lo hace en un escenario de generalidad y de falta de precisión, más aún cuando se recurre a la buena fe en conjunto con otras figuras como la equidad, el fraude y el abuso de derecho.

Con relación al abuso de derecho, partiendo de la concepción ecléctica, se lo define como el ejercicio anormal del derecho subjetivo, concurriendo factores tanto subjetivos como objetivos; esto es, la presencia de la intencionalidad del autor de causar un daño y la conducta antisocial en si misma, respectivamente. Como requisitos para la configuración del abuso de derecho, se prevén la existencia de un derecho subjetivo cuyo ejercicio será calificado de anormal; la existencia de una conducta que sobrepase los límites normales del derecho y la existencia del daño causado a un tercero a raíz de la acción u omisión condenable. Según lo indicado, se estaría aceptando que todo derecho subjetivo tiene sus límites, mismos que no podrán ser irrespetados sin que se genere un perjuicio al derecho de otro individuo. Por otro lado, la normalidad de dichos límites podría representar un problema en la práctica al calificarse si el ejercicio de un derecho ha excedido o no de tales límites; ya esa apreciación quedará atada al criterio de cada juzgador. Cabe cuestionarse si es necesario que exista un daño para que sean aplicables los preceptos legales relativos al abuso del derecho. En principio se entiende que ello no es necesario en tanto y

en cuanto lo que interesa es que exista una conducta que sea calificada como abusiva.

En cuanto a las consecuencias generadas, la legislación española prevé no solo la obligación de indemnizar a quien sufre el perjuicio en la proporción del daño causado, sino que incluye la adopción de medidas judiciales y administrativas de manera que se garantice la interrupción del ejercicio abusivo del derecho. Es claro por tanto que la ley no amparará ni el ejercicio abusivo ni antisocial del derecho subjetivo y es interesante que tal escenario no solo se busque indemnizar a la víctima sino tomar medidas efectivas que pongan fin al abuso.

La figura en cuestión se halla presente en numerosas sentencias de los tribunales españoles, sin embargo, nuevamente no ha existido un análisis profundo del abuso del derecho, sin que en los fallos se revisen con detenimiento sus requisitos ni consecuencias. Borda¹⁰² señala que cuando los tribunales adoptan la doctrina del levantamiento del velo societario recurren a la figura del abuso de derecho, sin entrar a un análisis de la misma; y, al contrario, cuando se busca eludir de la aplicación de la doctrina, los tribunales aducen que no se han configurado los presupuestos para la aplicación del abuso de derecho.

2.3.3 Derecho ecuatoriano

Para realizar un análisis de la situación del levantamiento del velo societario en el Derecho ecuatoriano es de gran aporte el estudio efectuado por el autor José Hurtado Cobles¹⁰³, en su obra anteriormente citada, *La doctrina del*

¹⁰² CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, p. 247

¹⁰³ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento... Op. Cit.*, p. 134

levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica. Dicho trabajo inicia con la mención del principio general contemplado en el Art. 2367 del Código Civil, que establece la responsabilidad patrimonial máxima del deudor frente al acreedor con relación a las obligaciones personales, pudiendo el acreedor atacar todos los bienes del deudor para satisfacer su derecho. A continuación, y en contraste con lo anterior, el autor español menciona a los Arts. 114 y 115 de la Ley de Compañías, en los cuales se consagra el principio de la responsabilidad limitada de los socios al monto de sus participaciones sociales, incluidas las prestaciones accesorias y aportaciones suplementarias, salvo las excepciones que en la misma ley se expresan. Asimismo, de la definición de compañía anónima, prevista en el Art. 143 del mismo cuerpo normativo, se desprende que los accionistas responden únicamente por el monto de sus acciones; por su parte, del Art. 92, igualmente se desprende de la definición de la compañía de responsabilidad limitada que los socios responderán por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales. En definitiva, en la Ley de Compañías queda claramente establecido el principio general de limitación de la responsabilidad como privilegio de los socios de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada¹⁰⁴ y ¹⁰⁵, a diferencia de los socios comanditados, quienes son solidariamente responsables por las obligaciones de la sociedad.

¹⁰⁴ Sin perjuicio de lo indicado, debe tomarse en cuenta el Art. 30 de la normativa en cuestión, mismo que prevé que quienes contrataren a nombre de compañías que no se hubieran establecido legalmente, serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados y tendrán además responsabilidad de índole penal al amparo del Código Penal. Según se entienda que las compañías irregulares son personas jurídicas o no, podrá ser considerada dicha disposición legal como un instrumento para la aplicación del levantamiento del velo societario. De todas formas, será necesario que exista un perjuicio causado a través del ente social irregular para que la norma tenga cabida y proceda el desconocimiento del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios.

¹⁰⁵ Con relación al referido principio general de limitación de la responsabilidad, es igualmente importante mencionar la definición de Capital Suscrito que contempla el Art. 2 de la Sección I del

Volviendo a la obra de Hurtado Cobles¹⁰⁶, éste último sostiene que “No existe, por otra parte, norma que consagre con carácter genérico una excepción a la limitación de la responsabilidad de los socios de una sociedad con personalidad jurídica propia y, ésta, únicamente la encontramos en materia de grupo de empresas y en normativas sectoriales como puedan ser la tributaria, la financiera o la laboral”. Sin embargo, en este punto cabe cuestionarse si el Art. 17 de la Ley de Compañías prevé dicho principio genérico, cuando establece lo siguiente:

Art. 17.- Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

- 1.- Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
- 2.- Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,
- 3.- Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

El citado precepto parecería abrir el camino para la aplicación del levantamiento del velo societario, al establecer responsabilidad personal y solidaria para ciertos individuos en determinadas circunstancias. No queda claro, sin embargo, a qué supuestos se refiere la norma cuando menciona a actos que “se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas”. Se entiende que el levantamiento del velo societario aplica para actos única y exclusivamente cometidos a través del ente social, pues de ser cometidos por personas naturales no tendría cabida la discusión sobre si aplica o no su responsabilidad individual y personal y si cabe desconocer el aparataje

Capítulo I del Título IV del Libro I de la Codificación de Resoluciones de la SBS y Junta Bancaria, entendiéndose al Capital Suscrito como “el que determina la responsabilidad de los accionistas”.

¹⁰⁶ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* Op. Cit., p. 135

social del ente ficticio. El referirse a supuestos que se cometan a nombre de la compañía podría incluir a los actos realizados en efecto a través de esta última así como podría comprender más bien a actos efectuados por parte de terceros ajenos a la sociedad que actúan a su nombre, sin ostentar su administración, dirección, control ni la calidad de socio, es decir, sin capacidad alguna para obligar ni comprometer a la compañía, en cuyo caso carecía de todo sentido el pensar en la pertinencia de aplicar el levantamiento del velo societario. Se genera aún mayor confusión cuando el encabezado de la norma hace referencia a personas naturales, pues parecería que estamos en el ámbito civil de la agencia oficiosa antes que en el ámbito societario, el cual atañe a la doctrina del disregard. Por otro lado, es forzoso el pretender interpretar a la expresión en análisis como una referencia a los casos de simulación en que el socio y la sociedad usan en su favor el juego de dar una apariencia de unidad o de separación para más adelante, en perjuicio de terceros que actúan confiados en esa apariencia, negar la situación de hecho o de derecho aparentada para obtener un ilegítimo beneficio. En todo caso, es preciso que en la redacción del precepto se deje claro que los casos de fraude, abuso o vías de hecho serán imputables de manera personal y solidaria a quienes actúen encubiertos en la figura del ente social, con capacidad legal para comprometer a la sociedad, pues en caso contrario, como quedó dicho, la norma no tendría trascendencia a la luz del levantamiento del velo societario. La solución al problema planteado será tan sencillo como modificar la redacción del encabezado, sustituyendo los términos confusos por la expresión: “... *que se cometan a través de compañías y otras personas jurídicas...*”.

Ahora, con relación a las causas que motivan la responsabilidad personal y solidaria podría apreciarse como una salida práctica el citarse al fraude y abusos como justificación para que aplique la referida responsabilidad. Será sin embargo importante aclarar qué tipo de abusos constituyen el fundamento, siendo lo más evidente hacer referencia a la figura del abuso de derecho. Con ello, podría decirse que la Ley de Compañía aparentemente resolvería el intrincado problema de establecer los criterios rectores y puntuales que motivan la desestimación de la persona jurídica, basándose en las dos instituciones más sólidas y generalmente citadas por los tribunales. Sin embargo, habrá que revisar que no queden fuera otros supuestos que no se pueden subsumir a fraude o abuso de derecho, como es el caso de las complejas relaciones entre grupos de sociedades y que innegablemente merecen ser revisadas desde la doctrina del levantamiento del velo societario. Finalmente, habrá que aclararse qué se entiende por “*vías de hecho*”, pues la primera referencia que viene a la mente son actos administrativos o judiciales cometidos por la autoridad.

Otro tema de interés, es el revisar los tres escenarios en que según la norma aplicará la responsabilidad personal y solidaria. En primer lugar, recaería tanto en socios como en administradores, pues el precepto menciona a “*quienes los ordenaren o ejecutaren*”. En segundo lugar, se entendería que estamos hablando de las mismas personas aunque cabe preguntarse si el presupuesto no se agota en ellos, al hacerse referencia a “*los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste*”. Por último, se señala a los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución, presupuesto que no parecería ser una situación de mayor aplicabilidad en el ámbito societario.

Volviendo a los comentarios de Hurtado Cobles¹⁰⁷, el autor manifiesta que en materia de grupos de empresas, la Ley de Compañías únicamente contempla el caso de las sociedades holding o tenedoras de acciones, sin hacer mención a otras formas de agrupamiento empresarial. Es más bien en el ámbito financiero, fiscal¹⁰⁸ y bursátil donde se contemplan las figuras del grupo financiero¹⁰⁹, de las filiales o subsidiarias y de los grupos empresariales, respectivamente. En el primer caso, se extiende la responsabilidad patrimonial a la sociedad cabeza del grupo por las pérdidas de las instituciones integrantes del grupo financiero hasta por el valor de sus propios activos¹¹⁰.

Por su parte, el Art. 41 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero estipula que los directores y administradores de las instituciones del sistema financiero privado que hubieran autorizado el pago de dividendos anticipados en contravención de los requisitos previstos en la misma disposición citada, serán solidariamente responsables por dicho pago y

¹⁰⁷ JOSÉ HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento...* Op. Cit., p. 135

¹⁰⁸ En el ámbito tributario, el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en su Art. 4 regula la noción de partes relacionadas, estableciéndose que “Con el objeto de establecer partes relacionadas, a más de las referidas en la Ley, la Administración Tributaria con el fin de establecer algún tipo de vinculación por porcentaje de capital o proporción de transacciones, tomará en cuenta, entre otros, los siguientes casos: ...”, destacando la atribución que tendrá la autoridad en el ámbito fiscal para determinar la existencia de vinculación en base a los cuatro parámetros que dicha disposición enumera y que guardan relación con la dirección económica por parte de una sociedad frente otra(s) según los porcentajes de participación en el capital social que el Reglamento prevé para el efecto. Asimismo, el Art. 5 de la citada normativa regula el concepto de grupo económico, estableciendo que “Para fines tributarios, se entenderá como grupo económico al conjunto de partes, conformado por personas naturales y sociedades, tanto nacionales como extranjeras, donde una o varias de ellas posean directa o indirectamente más del 50% de la participación accionaria en otras sociedades.” Igual que en el caso anterior, el Art. 5 contempla que la autoridad tributaria “podrá considerar otros factores de relación entre las partes que conforman los grupos económicos, respecto a la dirección, administración y relación comercial...”

¹⁰⁹ A partir del Art. 57 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se regula la figura del grupo financiero, así como las limitaciones legales que existen para la sociedad controladora. Como supuesto para la presunción de existencia de un grupo financiero, se prevé que una sociedad sea propietaria de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de cada una de las instituciones que integrarían el grupo.

¹¹⁰ En este sentido, el Art. 64 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero estipula que la sociedad controladora que haga cabeza del grupo deberá suscribir con cada una de las instituciones integrantes del grupo financiero un convenio de responsabilidad bajo el cual se acuerden las medidas a ser implementadas con el fin de efectuar los aportes de capital en la institución que lo requiera.

reembolsarán a la institución, de su propio peculio, el monto de los dividendos repartidos, lo que evidentemente es una excepción a la regla general sobre la limitación de la responsabilidad de los socios planteada por la Ley de Compañías para las sociedades anónimas, figura bajo la cual deben establecerse todas las instituciones del sistema financiero privado en Ecuador, salvo las excepciones previstas en dicha Ley. Asimismo, el Art. 129 de dicho cuerpo normativo prevé que el Superintendente de Bancos deberá solicitar al juez competente que dicte las medidas cautelares respecto de los bienes de las personas naturales o jurídicas beneficiarias de determinadas operaciones que hubieran ocasionado el deterioro de la situación económica - financiera de una institución del sistema financiero o su reestructuración, saneamiento o liquidación forzosa. Dichas medidas cautelares también serán procedentes respecto de los bienes de los miembros del Directorio, de quienes ostenten la representación legal y de los funcionarios responsables que hayan intervenido en la aprobación e instrumentación de tales operaciones.

Por otro lado, el Art. 167 de la LGISF, con relación al orden de prelación de los créditos de primera clase en caso de liquidación de una institución del sistema financiero privado, prevé responsabilidad civil, penal y solidaria, entre otros, para la persona jurídica y sus representantes legales, que de alguna manera contravengan con la referida disposición legal.

Con relación a la figura del Directorio en las instituciones financieras privadas, el numeral 2.12 del Art. 2 de la Sección I del Capítulo I del Título X del Libro I de la Codificación de Resoluciones de la SBS y la Junta Bancaria, establece que el Directorio -o el organismo que haga sus veces- será la máxima autoridad de administración, siendo responsables solidariamente por

las resoluciones que se adopten y por los actos de la administración. Por la frase “siendo responsables” se entiende que dicha disposición se refiere a los integrantes del Directorio. Adicionalmente, en la referida Codificación se prevé como requisito para la disolución voluntaria de instituciones financieras privadas, el que los administradores se obliguen a responder subsidiaria e ilimitadamente, en la escritura de disolución voluntaria, por los pasivos no registrados en el balance, así como por las deudas de la institución del sistema financiero que no fueran cubiertas o satisfechas por el haber de la liquidación.

Otra normativa que en nuestro país podría guardar relación con la figura del levantamiento del velo societario, es la Ley para reprimir el Lavado de Activos¹¹¹ que prevé que las instituciones del sistema financiero y de seguros deberán reportar periódicamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, bajo responsabilidad personal e institucional, acerca de la existencia o no de operaciones inusuales o injustificadas de las que tengan conocimiento. Se podría entender que quienes mantendrán responsabilidad personal por la obligación antes referida son los directores de las instituciones financieras como encargados de presentar el reporte y en el caso de incumplir o cumplir parcialmente con el reporte en cuestión, así como en caso de entregar información falsa o adulterada. De igual manera, el literal c) del Art. 14 de la

¹¹¹ En el principal cuerpo normativo en material penal, el Código Penal ecuatoriano, también se encuentran regulaciones relacionadas con la doctrina en estudio. Por ejemplo, en el Art. 363-A se prevé que en caso de que sin autorización legal se alzare o participare, de cualquier manera, en el alza de los precios de los artículos alimenticios de primera necesidad destinados al consumo humano, ya sea que la acción consista en monopolio, ocultamiento, especulación u otros, la responsabilidad o sanción recaerá en los representantes legales, administradores o ejecutivos de la persona jurídica. Asimismo, el Art. 364 prevé responsabilidad para el director, gerente o administrador de una sociedad o persona jurídica de otra índole, que prestare su concurso o consentimiento para actos contrarios al Estatuto Social, leyes u ordenanzas, a consecuencia de lo cual la persona jurídica o sociedad quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta. Por otro lado, el Art. 577 indica que todo director, administrador o gerente de la sociedad o persona jurídica fallida, así como el contador o tenedor de libros, que hubiera cooperado en la ejecución de alguno de los actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra, serán reprimidos con la pena del quebrado fraudulento o culpable.

referida Ley estipula que comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta, preste su nombre o el de la sociedad o empresa de la que es socio o accionista para la comisión de los delitos tipificados en dicha Ley. Se entendería que la finalidad de la disposición legal citada es que sea delito el cometer actos ilícitos relacionados con el lavado de activos a través de la sociedad, sin que quede claro, sin embargo, si se generaría responsabilidad directa para los socios ni cuáles son los supuestos bajo los cuales se produzca la hipótesis de que “se preste el nombre de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta ley”. Mayor claridad tendría el precepto legal si se indicara que serán responsables personal y solidariamente los socios, administradores y/o terceros que hubieran autorizado, consentido o gestionado de cualquier manera, a través del ente social, delitos tipificados en la Ley en cuestión.

Igualmente resulta de interés, con relación a la Ley para reprimir el Lavado de Activos, el que se considere como agravante en la determinación de las penas, el hecho de que el delito presuponga la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas. Finalmente, es necesario citar el Art. 17, según el cual la condena por el delito de lavado de activos da lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.

Sin perjuicio de lo señalado en líneas anteriores sobre los grupos financieros, el citado autor Hurtado Cobles sostiene que en el campo del derecho laboral es donde existe la principal regulación del grupo empresarial, según se revisa a continuación.

En el Art. 41 del Código del Trabajo se contempla la responsabilidad solidaria de los empleadores frente al trabajador cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes. El fallo de la Corte Suprema de 28 de junio de 1995, con fundamento en que con la creación de una nueva sociedad se pretendió eludir obligaciones laborales del trabajador que continúa prestando sus servicios en el mismo centro de trabajo y para las mismas personas, desconoce la persona jurídica del nuevo ente, cuya composición era familiar y cuyo principal accionista era el mismo empleador original. En este sentido, se evidencia que se busca proteger la antigüedad y los beneficios que le corresponderán recibir al trabajador de acuerdo al tiempo que efectivamente presta sus servicios en relación de dependencia con un mismo empleador, pese a que en el interín exista un cambio de forma, ya sea con la creación de una nueva persona jurídica o con el traspaso del negocio a una empresa distinta. En la misma dirección va el Art. 171 del Código del Trabajo cuando indica que en caso de cesión o enajenación del negocio, el nuevo empleador estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor. En la misma dirección se encamina el Art. 198 del mismo cuerpo normativo al establecer responsabilidad solidaria en el pago de fondos de reserva en respeto de la antigüedad del trabajador pese al cambio del dueño o tenedor del negocio.

Adicionalmente, el fallo en cuestión cita al Art. 36 del Código de Trabajo que prevé que son representantes de los empleadores personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder que les confiera dichas atribuciones, incluidos directores, gerentes y administradores. Dicha norma establece expresamente que el empleador y

tales representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador, conclusión que correspondería precisamente a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario y que se halla reafirmada en nuestro ordenamiento jurídico al existir fallos de triple reiteración que establecen que el trabajador puede dirigir la demanda en contra de quien ejerce funciones de dirección y administración; no solo contra el representante, estableciéndose así, ni más ni menos, responsabilidad directa para personas naturales por las obligaciones laborales de la empresa.

De igual manera es interesante lo que sostiene la Corte Suprema en el fallo de 19 de noviembre de 1996, cuando afirma que "...jurídicamente se ha establecido que la estricta personería es válida en el campo civil, mas no en el social, pues el criterio contrario implicaría riesgo para los derechos del trabajador que no está en condiciones ni posibilidades de conocer cómo está constituida una compañía o empresa, cuáles son sus legítimos representantes y peor aún, que no está operando con juego falso de afiliaciones con nombres o epígrafes prestados". Con dicho pronunciamiento, la Corte pone en entredicho los pilares en que se fundamenta la persona jurídica, con la acotación de que ello sucederá únicamente en el ámbito de lo laboral.

Es importante anotar que de la breve revisión que se ha realizado del derecho laboral ecuatoriano, se observa que podría resultar insuficiente el establecer como criterios rectores para la aplicación del levantamiento del velo societario la mera referencia a instituciones tan generales como lo son el fraude de ley y el abuso de derecho, pues la especialización del derecho demanda que cada rama desarrolle particularidades propias para atender sus necesidades, como es el caso del tratamiento que administradores y directores

reciben como representantes del empleador en materia laboral, pese a no mediar poder ni instrumento alguno que les confiera dicha calidad.

Volviendo al ámbito mercantil, la Ley de Compañías en su Art. 7 para el caso de compañías extranjeras, establece responsabilidad personal para quienes ejecutaren actos o tuvieren los bienes a los que se ataque a través de un proceso legal, cuando la compañía no hubiera cumplido con las obligaciones de contar con un apoderado o representante en Ecuador y de domiciliarse en nuestro país. Asimismo, el Art. 9 establece que las personas jurídicas que contrajeren el Ecuador obligaciones que deban cumplirse en territorio ecuatoriano y no tuvieren quien las represente, serán consideradas como el deudor que se oculta y podrán ser representadas por un curador dativo. Otro ámbito en donde se colige la aplicación del razonamiento de la doctrina del velo societario tiene que ver con las compañías locales que no hubieran sido legalmente constituidas, en cuyo caso no podrá sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, lo que se entiende generará responsabilidad en quienes figuren como socios de dicha entidad.

En el Art. 25 nuevamente nos encontramos con otro caso al que aplica el referido razonamiento cuando se establece que si la autoridad de control no recibiera oportunamente determinada información que las sociedades tiene obligación de remitirle, se impondrá al administrador de la compañía una multa, misma que podrá ser impuesta hasta el debido cumplimiento de la obligación exigida.

En las sentencias de la Corte Suprema de 21 de marzo de 2001 y 28 de enero de 2003 existe ya un pronunciamiento ya frontal sobre la obligación que tiene el juzgador de levantar el velo societario. En el primer caso se prevé tal

situación cuando se adviertan abusos, en cuyo caso “hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros...”, haciéndose énfasis en el carácter restrictivo de la figura, al afirmarse que se trata de “situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectar la seguridad jurídica pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”¹¹². En el segundo caso, se sostiene que aplicará la doctrina cuando se advierta que “hay una manipulación de la figura societaria... para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado, ya que lo contrario sería amparar un fraude a la ley o abuso de derecho, cosa que por principio de moral pública no puede admitirse jamás”.

En el mismo sentido del fallo del año 2001, la Corte Suprema se pronunciará en la sentencia de 23 de julio de 2004 cuando manifiesta que “el

¹¹² Dicho pronunciamiento de la Corte se dio en el conocido caso por cobro de dinero seguido por Diners Club del Ecuador S.A. contra Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y Leonel Baquerizo Luque y María Isable Baquerizo, por sus propios derechos. La compañía demandada impugnó la sentencia alegando que “no fue citada con la demanda en la interpuesta persona de su representante legal, sino a otra persona que no la representaba”, por lo que “debía declararse la nulidad de todo lo actuado a partir de la citación de la demanda” (disponible en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=933) [ref. 07 de febrero 2011]. Desde el momento en que la demanda fue presentada hasta la citación a los demandados transcurrieron 18 meses, lapso en el cual la compañía Chupamar cambió de representante legal de María Isabel Baquerizo Luque a Leonel Baquerizo Puga, siendo ambos accionistas de la compañía demandada y habiéndose citado con la demanda a la primera en calidad de representante legal de Chupamar. La Corte consideró que “en la actuación de las personas jurídicas se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se la usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros”, perdiendo su razón de ser y convirtiéndose en “un mero recurso técnico”. Dado a que Leonel Baquerizo Puga acaparaba el 99.5% de las acciones, la Corte consideró que “los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma (la compañía), que la persona se ha reducido a una “mera figura formal” y que la institución societaria estaba siendo utilizada para fines privativos de Leonel Baquerizo Puga. En base a dichas consideraciones, la Corte desestimó la personalidad jurídica, admitió la demanda y resolvió que la compañía demandada respondiera por sus obligaciones ante Diners.

levantamiento del velo no puede hacerse en todo caso y para todo, porque darle esa extensión general descoyuntaría toda la estructura jurídica de la sociedad..., prácticamente se estaría derogando a dicha institución... El descorrimiento del velo únicamente procede cuando se produce abusos del derecho o un acto de fraude de la ley...”.

Finalmente, es importante hacer una referencia a la última reforma a la Ley de Compañías que entró en vigencia el quince de mayo de dos mil nueve, en donde se incluyó para las compañías extranjeras socias o accionista de compañías locales, la obligación de entregar la lista completa de todos sus socios, o en su lugar, una declaración juramentada en el caso de participar en Bolsas de Valores Extranjeras, con la finalidad de revelar la identidad de las personas naturales socios de dichas empresas, salvo que ello no fuera posible por cuanto cotizan sus acciones en bolsa. Por su parte, se estableció la prohibición para las compañías ecuatorianas de mantener como socios a compañías extranjeras cuyo capital se hallara dividido en acciones o participaciones al portador, debiendo tener su capital representando únicamente en acciones o participaciones nominativas, nuevamente con la finalidad de que la autoridad pudiera tener visibilidad de las personas naturales que finalmente son propietarias de las acciones o participaciones de las compañías extranjeras accionistas de compañías ecuatorianas, inclusive en el caso de que el socio inmediato sea una persona jurídica. Como quedó dicho en su momento, más allá de detenerme a realizar un pronunciamiento sobre la conveniencia de dicha medida, es importante anotar que las nuevas obligaciones establecidas en la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías nada tienen que ver con la aplicación real y efectiva del levantamiento del velos

societario, en tanto y en cuanto lo único que realice la autoridad es solicitar información a las sociedades sometidas bajo su control. Otro escenario será que en base a dicha información la autoridad realice determinados actos que ya impliquen el desconocimiento de la persona jurídica y se ponga en tela de duda el mantenimiento de los privilegios sociales.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 1793 de veinte de junio de dos mil nueve, dispone que en caso de determinarse que los accionistas, partícipes o asociados son personas jurídicas con domicilio en un paraíso fiscal, será causa para la descalificación inmediata de la empresa que ha participado en un proceso de contratación pública como oferente. Esta normativa tampoco prevé la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, pues si bien se adentra a conocer la realidad oculta tras la persona jurídica, no la desconoce ni niega la separación entre sociedad y socios ni los beneficios sociales, lo que hace es establecer una consecuencia en caso de que se detectare que existen capitales provenientes de paraísos fiscales.

En nuestro derecho llama la atención que el ámbito donde en principio parece estar más desarrollada la doctrina del levantamiento del velo societario es en material laboral, al contener el Código de Trabajo una serie de preceptos cuya aplicación tiene como consecuencia directa el desconocimiento de la figura societaria del empleador, cuando ha criterio del legislador se ponen en riesgo los derechos del trabajador. Dichas normas mantienen en común como razonamiento rector el de valorar a la realidad por sobre una determinada apariencia que pudiera generar confusión en cuanto al respeto de los derechos laborales, como es el caso de la cesión de un negocio. Sobre la valoración de la realidad, en ciertos casos resultará aplicable la doctrina de los actos propios cuando un empleador alegue la existencia de una persona jurídica para evadir el cumplimiento de sus obligaciones frente al trabajador.

Con relación al Art. 17 de la Ley de Compañías, que podría entenderse como el mayor acercamiento normativo a la doctrina del levantamiento del velo

societario en el derecho comercial ecuatoriano, no parece existir mayor conexión entre la mecánica planteada en dicho artículo para desconocer a la sociedad y la prevista en el Código de Trabajo, mismo que a diferencia de la Ley de Compañías prevé ya casos puntuales y concretos en que habrá de desconocerse a la figura de la persona jurídica, igual que sucede en el ámbito financiero y penal. Un punto en que Ley de Compañías y Código del Trabajo coincidirían en el ámbito de la doctrina del levantamiento del velo societario, guarda relación con la figura del fraude como presupuesto para la aplicación de dicha doctrina. Sin embargo, en derecho mercantil se entendería que la existencia de fraude es requisito previo para la aplicación de la doctrina, mientras que en derecho laboral ello no es necesario, y ya con antelación a que se produzca el acto fraudulento, el Código del Trabajo se anticipa en proteger al trabajador.

Resulta interesante cuestionarse si, por ejemplo, en la Ley de Compañías la responsabilidad personal y solidaria de quienes ejecutaren los actos fraudulentos tiene como requisito implícito el que los imputados deban tener la capacidad legal para representar a la compañía, al ostentar la representación legal de la misma a través de uno de los medios tradicionalmente previstos para el efecto; o, si cabe la representación sui generis contemplada en el Código del Trabajo a efectos del establecimiento de responsabilidades. Por otro lado, será asimismo interesante preguntarse si en el caso de que se establezca responsabilidad solidaria y personal en materia laboral para el representante legal de la compañía, cabría aplicarse la regla prevista en la Ley de Compañías respecto a que el límite de la responsabilidad está dado por el valor hasta el cual asciende el provecho de la persona que obtuvo un beneficio a raíz del acto fraudulento.

CAPÍTULO III

Aplicación del levantamiento del velo societario

Como capítulo final previo a las conclusiones, amerita centrarse en las particularidades propias de la figura estudiada, resaltando aquellas que asegurarán que la misma cumpla con la finalidad para la cual se la concibió,

esto es, para la reparación de una situación dañosa en la que la sociedad habrá intervenido bien sea como la causante del perjuicio o bien sea como la afectada del mismo.

3.1 Justificación del levantamiento del velo societario y oportunidad para su aplicación

Ahora bien, una vez que se ha revisado el tratamiento que la doctrina recibe en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes al Derecho anglosajón y continental, podemos advertir que en ninguno de ambos sistemas jurídicos se ha logrado definir exitosamente con total certeza criterios objetivos y puntuales generalmente aceptados como justificación para la aplicación del levantamiento del velo societario, motivo por el cual en el presente capítulo intentaré dar una respuesta a esta cuestión.

Como punto de partida, considero necesario volver al cuestionamiento sobre si realmente es pertinente tratar a la doctrina del levantamiento del velo societario como una institución con vida propia o si únicamente estamos frente a una mera expresión terminológica que no tiene razón de ser, pues en su lugar basta con recurrir a las tradicionales instituciones del fraude, abuso de derecho, equidad y buena fe.

En mi criterio es innegable que en torno a la doctrina estudiada existe más de una cuestión confusa que amerita ser discutida y dotada de certeza; sin embargo, es necesario recordar que dicha confusión, generalidad y vaguedad en buena parte viene dada desde un inicio por las mismas instituciones tradicionales antes citadas, cuyo alcance en muchos casos no ha podido ser

delimitado con precisión, lo que ha dado paso a una serie de fallos en muchos casos cuestionables y objeto de severas críticas.

Ya la doctrina del levantamiento del velo societario viene a ser una figura a parte, que en mayor o menor medida, según el caso, se servirá de las referidas instituciones, pero que en ninguna circunstancia se agotará en ellas, pues los resultados que se llegan en uno y otro caso no son los mismos, asunto neurálgico en donde se centra la distinción que existe entre la desestimación de la personalidad jurídica e instituciones como la buena fe y el fraude. La doctrina permitirá al juzgador ir más allá de los efectos que la buena fe, la equidad, el fraude y el abuso de derecho podrán causar superficialmente sobre la sociedad, debiendo el juez respetar la estructura formal de la misma. Por su parte, la doctrina estudiada tiene la peculiaridad de haber sido concebida para actuar precisamente sobre la persona jurídica y sus particularidades, permitiendo al juez desconocer al aparataje social y modificar el régimen de beneficios que la ley prevé en torno a la persona jurídica. Para que lo anterior opere con coherencia y sin afectar derechos de personas relacionadas con la sociedad, ya sea en su calidad de socios, administradores o acreedores de buena fe, será necesario el efectivo reconocimiento de las características de subsidiariedad, excepcionalidad y temporalidad que revisten a la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Partiendo de la aceptación de la doctrina como institución jurídica independiente y con vida propia, es necesario ahora revisar una de las cuestiones que mayor polémica se ha generado en esta materia: la fijación de criterios rectores para la aplicación del levantamiento del velo societario. Siendo evidente que un gran margen de incertidumbre se presenta tanto en

common law como en el Derecho continental, cabe preguntarse si efectivamente es posible definir criterios rectores que guíen la aplicación de la doctrina en cuestión o si es una batalla perdida.

A pesar de los mecanismos jurídicos propios con que ambos sistemas jurídicos cuentan para dotar de flexibilidad al Derecho con el fin de atender necesidades complejas de la realidad social como las surgidas a raíz de los actos emanados del ente social y que han motivado la aparición del disregard, ni Derecho anglosajón ni romanista ha logrado dotar de certeza a la figura del levantamiento del velo societario en cuanto a las causales que justifican su aplicación. En este punto surge la duda de cuál será el mecanismo óptimo para la definición de dichas causales. Si lo pertinente será definir las en blanco y negro ya sea a través de una especie de listado que enuncie los presupuestos concretos que motivarán la aplicación de la doctrina o de un listado que agrupe los casos en los cuales será pertinente el recurrirse a la técnica de la desestimación de la personalidad jurídica; o, si finalmente, la solución viene dada por otro camino y que nada más y nada menos consiste en hacer un análisis de los resultados ex post generados a raíz del actuar de la sociedad. Este último planteamiento guarda estrecha relación con el carácter correctivo y no preventivo que la doctrina debe revestir, según sostengo en este trabajo más adelante.

A mi criterio, ya en caso de que los resultados de la actuación de la persona jurídica sean condenables de manera objetiva en virtud de haberse verificado la existencia de un perjuicio¹¹³ -ya sea a los socios, a la sociedad en sí misma, a

¹¹³ Con relación a lo anotado, es interesante la calificación que realiza OTAEGUI, *Concentración Societaria*, Abaco, 1984, p. 482, citado por FRANCISCO JUNYENT BAS y otro, *Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria*, p.4, al señalar que “La inoponibilidad de la personalidad tiene repercusión en el derecho societario pero también incide en otras ramas del derecho como el fiscal,

los administradores, al consumidor y/o a un tercero cualquiera-, más allá de la convergencia o no de instituciones jurídicas como el fraude y el abuso del derecho, será pertinente el descorrimiento del velo para atacar la realidad conservada tras de él de manera que sea posible la reparación efectiva del daño causado¹¹⁴, sin que quepan alegaciones que pretendan escudarse en el aparataje social para evitar que dicha reparación prospere. La ventaja de este planteamiento es que se sustrae de la aplicación de la doctrina toda subjetividad que le resta confiabilidad y que tanta crítica ha merecido. Bastará que se verifique la existencia de un daño atribuible al actuar de la sociedad para que se justifique la aplicación de la doctrina, verificación que será objetiva e independiente de motivaciones subjetivas tales como el que los socios o controladores de la sociedad actuaron con mala fe, que la sociedad se constituyó con la finalidad de infringir la ley, que existió la intencionalidad de esquivar obligaciones o causar un perjuicio, que se produjo la desviación de la sociedad a fines extrasocietarios y demás alegaciones similares que se hallan dentro del sustrato interior y subjetivo de socios y controladores y que por tanto no podrán ser valorados correctamente por los jueces y tribunales. Adicionalmente, bajo el presupuesto de la existencia de un daño como justificación para la aplicación de la doctrina, es factible que la misma evolucione conforme evoluciona la realidad económica y social y las nuevas actuaciones de las personas jurídicas. En este sentido, es interesante revisar lo

laboral y concursal, por tratarse de derecho de daños.” Adicionalmente, el autor Junyet antes citado, indica que el derecho judicial argentino prescindirá de la personalidad jurídica “para evitar causar un daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas”.

¹¹⁴ Jorge Daniel Grispo, *Inoponibilidad de la personalidad societaria*, p. 4 (disponible en <http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf>) [ref. 03 de septiembre 2010], refiriéndose a la Ley de Sociedades Comerciales argentina y a la prosecución de fines fraudulentos a través de la figura social, menciona que “En estas situaciones -imposibles de enumerar- se debe plantear la inoponibilidad de la persona jurídica, y extender los efectos del acto disvalioso al verdadero responsable, quien en definitiva, deberá responder por los daños causados”.

que señalan Quiroga Periche y Cabanellas de las Cuevas, respecto a que “cada día se crean nuevas formas de abuso¹¹⁵” sin que por ello sea viable el recurrir a un “único término¹¹⁶” para agrupar la casuística en que cabrá aplicar la doctrina.

Antes de continuar, es necesario hacer una anotación muy importante, respecto al sujeto sobre el cual recaerá el perjuicio, mismo que servirá de presupuesto para la aplicación de la doctrina. En líneas anteriores me he referido no solo a socios, administradores, consumidor y a un tercero cualquiera, sino que he mencionado expresamente a la sociedad en sí misma. En principio, parecería lógico que el sujeto del perjuicio sean únicamente terceros ajenos a la sociedad, quienes en determinadas circunstancias vean afectados sus intereses en virtud de actos cometidos a través del ente social. Sin embargo, aquello no es una realidad absoluta, pues bien puede suceder que la invocación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea legítimamente alegada por la misma sociedad. A pesar de que lo común será que la aplicación de la doctrina se realice con la finalidad de reparar el perjuicio causado por la sociedad a un individuo cualquiera, también puede suceder que la doctrina sea aplicada para reparar un perjuicio frente al cual la sociedad sea

¹¹⁵ CARLOS ENRIQUE QUIROGA PERICHE, *Teoría del Levantamiento... Op. Cit.*, p. 6

¹¹⁶ GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho Societario*, Parte General, Tomo III, 1ra edición, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 66 y 67, citado por CARLOS ENRIQUE QUIROGA PERICHE, *Teoría del Levantamiento... Op. Cit.*, p. 6, indica que “la utilización de un único término para englobar los distintos casos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación”. En este sentido, considero que en realidad el riesgo consiste en pretender plasmar a través de un enunciado inadecuado, por ejemplo a través de la enumeración de los casos o supuestos concretos en que cabrá recurrir a la doctrina, toda vez que ese tipo de práctica por parte de las legislaciones corren el peligro de quedarse cortas frente a las nuevas situaciones y casos que se presentan en la realidad y que demandarán la aplicación del levantamiento del velo societario. Frente a ello, la formulación del daño verificable presenta la amplitud suficiente para englobar en ella los nuevos supuestos que se presenten a la vez que otorga certeza en materia de aplicación de la doctrina, pues el determinar la existencia de un daño reviste de objetividad. En igual sentido, JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 290, señala que: “No es necesario regular expresamente los supuestos, porque con ello tendríamos una norma *numerus clausus*, imponiéndonos un límite ante la diversidad de supuestos que podrían presentarse en la realidad, impidiendo que se imparta Justicia.”

perjudicada. Para comprender este planteamiento, es oportuno citar a HURTADO COBLES en su obra tantas veces referida, en la cual se analiza un fallo que hace mención a la *aplicación pasiva de la teoría de la penetración*¹¹⁷.

Ahora, a la propuesta que acabo de plantear, considero que debe añadirse un elemento adicional para que quepa la aplicación de la doctrina, esto es, que exista la negativa de la sociedad para reparar el daño causado, según se revisará a continuación.

Si bien es cierto que la jurisprudencia y la doctrina comparada son coincidentes, en todos los casos, respecto a que cabe aplicar el levantamiento del velo societario cuando la sociedad es utilizada para fines no queridos por la ley -lo que desde mi percepción se traducirá en la generación de un daño verificable¹¹⁸-, considero que esta no debe ser asumida como una verdad

¹¹⁷ JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del Levantamiento...Op. Cit.*, pp. 85 y 82) cita el fallo de la Corte Suprema argentina de 18 de octubre de 1973 en el caso Mellor Goodwin, en la cual “se admitió la posibilidad de la desestimación pasiva en beneficio del contribuyente decidiendo que las operaciones entre los miembros del grupo no son gravables, sino únicamente las que lleven a cabo con terceros”. La Corte sostuvo que no cabe el consagrarse institutos jurídicos que “funcionen unilateralmente en beneficio exclusivo de uno de los sujetos de la relación tributaria”, por lo que será viable que los tribunales recorran “el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración”, para lo cual el contribuyente habrá desarmado “en su beneficio la ficción que creó”. Asimismo, Leandro J. Caputo, *Oponibilidad de la personalidad jurídica soceitaria*, Editorial ASTREA, p. 10 (disponible en <http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/18/0001867.pdf>) [ref. 28 de agosto 2010], se refiere a la desestimación pasiva, como el “supuesto que los socios pretenden que los terceros no puedan ampararse de la existencia de la sociedad, pues, ello constituiría un ejercicio abusivo de sus derechos”.

¹¹⁸ Es difícil, por no decir imposible, el concebir que la violación de la ley, el abuso de la persona jurídica, la perpetración de actos fraudulentos o de actos con finalidad extrasocietaria, el incumplimiento de obligaciones contractuales, la mala fe, la vulneración del orden público, la desviación del ente social y demás argumentos esgrimidos como justificación para la aplicación de la doctrina, no terminen por traducirse en la generación de un daño, cuyo afectado será siempre identificable, ya sea que se trate de una persona natural o de entes públicos o privados. En otros casos, por ejemplo en materia tributaria, el perjudicado será un organismo público seccional o el mismo fisco y en temas ambientales podrá ser una determinada colectividad. En base a ello, considero oportuno la fórmula según la cual la validación sobre la existencia de un daño suplante a todas las instituciones y alegaciones antes indicadas como fundamento para la aplicación de la figura de la inoponibilidad de la persona jurídica. Con esta fórmula se dotaría de precisión y certidumbre a este ámbito tan controvertido del derecho societario. Ahora bien, puede suceder que la sociedad realice actos ajenos al objeto social para el cual la autoridad competente autorizó su constitución y funcionamiento, sin que ello derive en ningún perjuicio para nadie. De no producirse daño alguno, no cabría según mi propuesta el recurrirse al levantamiento del velo societario, lo que es cierto pero no le resta validez a mi formulación. Para aquellos actos que se cometen por fuera del objeto social, la ley prevé por lo general un sistema de nulidades en virtud del cual los socios, administradores o controladores que dieron paso a dichos actos podrán ser responsables solidarios, lo que ocurrirá en razón

absoluta, pues de aceptarla como tal, se estaría exagerando en la aplicación de la figura del disregard, la misma que quedaría desvirtuada al igual que desvirtuada la persona jurídica. Esto por cuanto es perfectamente viable que la sociedad, dentro de las actividades que legítimamente le están permitidas realizar y actuando con absoluta transparencia y buena fe, cause un perjuicio a un tercero. Es evidente que bajo ninguna circunstancia la ley preverá ni consentirá que esto suceda; sin embargo, dicha situación tampoco supone de inmediato una justificación para levantar el velo societario de la compañía e imputar la responsabilidad del perjuicio causado a cada uno de los socios, pues bien puede suceder que la sociedad no solo tenga la voluntad de reparar el daño sino que incluso se encuentre en capacidad de hacerlo, cosa que posiblemente los socios no podrán hacerlo de manera individual si tal reparación excede de sus propios recursos. Es imposible exigir a una compañía, como lo es por igual a una persona humana, que en todo momento los resultados del giro del negocio o de sus actividades sean exitosos o que genere bienes y servicios perfectos libres de todo tipo de falla, por lo que a la vez estamos aceptando que una persona jurídica que acostumbre actuar con absoluta buena fe pueda causar eventuales perjuicios a terceros con quienes entable relación sin que ello justifique, como se dijo, la desestimación de la personalidad jurídica pues la generación de un daño a un tercero o el incumplimiento de una ley no implicará en todos los casos el abuso de la

de dicho esquema especial de nulidades mas no por aplicación de la doctrina. Ya si a raíz del cometimiento de dichos actos se genera un perjuicio a alguien, será perfectamente aplicable la figura del levantamiento del velo societario con lo cual no queda al descubierto ningún acto reprochable de las sociedades.

persona jurídica ni la intención oculta de los socios de desviarla de sus fines lícitos¹¹⁹.

En consecuencia, considero que no deberá prescindirse del aparataje social automáticamente cuando una persona jurídica ha generado un daño mediante la violación de una ley o un acto cualquiera, sino cuando una vez realizada la valoración de tales resultados y advertida la sociedad por autoridad competente sobre su obligación de reparar el daño causado¹²⁰, la sociedad se niegue a dicha reparación, y en definitiva, a encuadrar su actividad dentro del cumplimiento de las leyes (aplicables tanto a los socios como individuos como a la sociedad como sujeto independiente de derechos y obligaciones). De esta manera, se garantiza que el perjuicio causado sea efectivamente reparado, ya sea por la misma sociedad o por los socios como individuos por no haber asumido aquella la responsabilidad que le correspondía; por otro lado, se garantiza la permanencia de las sociedades mercantiles y su rol importante en la economía como agentes activos, no desalentándose a los individuos a

¹¹⁹ La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argentina en el caso *Fontes, Hugo Mario c/Consortio CONEXIM SRL (CNTRAB.- Sala IV – 22/02/2001* disponible en http://www.legalmania.com.ar/derecho/sociedades_inoponibilidad.htm) [ref. 02 de septiembre 2010], mantiene un criterio interesante en cuanto a la calificación de una sociedad como “... un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de terceros...” (al amparo de la figura de la desviación de la personalidad societaria según el Art. 54 de la Ley 19.550). El Tribunal sostiene que “si una sociedad comercial realiza un hecho ilícito o varios (librar un cheque sin fondos o varios), ello no implica que la misma constituya una pantalla o la utilización de un recurso para que, a través de ella, desarrollar una actuación violatoria de la ley, el orden público o la buena fe o frustrar los derechos de terceros. Y es así por cuanto ese acto, en sí mismo considerado e independientemente de su licitud o ilicitud, está dentro del objeto de la misma. Distinto es el caso y entiendo que es supuesto que contempla aquella norma (la Ley 19.550), cuando los socios o controlantes usan la personalidad jurídica reconocida por la ley a una sociedad comercial para encubrir una finalidad propia de ellos (socios o controlantes), incompatible y ajena a la personalidad otorgada a la sociedad utilizada.” Sin perjuicio de que a mi parecer la fórmula correcta para justificar la aplicación de la doctrina, como quedó dicho, es la verificación de un daño concreto y no la determinación de que la sociedad fue utilizada para fines propios de los socios o controlantes, el razonamiento de la Cámara argentina que acabo de citar tiene el mérito de poner en manifiesto la extrema prudencia y sensibilidad con que los jueces deben analizar las actuaciones de las sociedades a efectos de catalogarlas como materia o no de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, desalentando todo análisis apresurado que terminará por ser poco acertado.

¹²⁰ Podrá incluso suceder que frente al perjuicio causado por la sociedad, ésta acceda por la simple petición del afecto a reparar el perjuicio ocasionado sin que fuera necesario la intervención de autoridad alguna y mucho menos la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

constituirse en un ente social para llevar a cabo operaciones que por si solos y sin la unión de capitales resultará poco viable.

Asimismo, considero oportuno desarrollar una suerte de esquema de reincidencias que regule la aplicación del levantamiento del velo societario cuando la sociedad sea reincidente en ocasionar daños y no reparar los mismos. Pues si desde un principio, al producirse uno de estos supuestos se recurre a dicha figura jurídica se relativizaría la institucionalidad de la persona jurídica quitándole su razón de ser y poniendo en peligro el rol que desempeña en la economía actual.

Para completar el análisis que se ha venido desarrollando en este apartado con relación a la oportunidad para la aplicación de la doctrina, conviene ahora anotar que el ámbito de aplicación de la misma no se halla, bajo ninguna circunstancia, restringido a materia societaria ni consecuentemente a la sociedad comercial. Como bien se desprende de la terminología *inoponibilidad de la persona jurídica*, esta figura tendrá cabida frente a todo ente al que la ley le reconozca la condición de persona jurídica¹²¹, lo que incluirá organizaciones tales como corporaciones, fundaciones y sociedades civiles así como sociedades comerciales en los distintos tipos societarios que cada legislación reconozca formalmente. Es decir, la doctrina tendrá aplicabilidad en toda persona jurídica, independientemente de su especie.

¹²¹ En este punto coincido con RICARDO A. NISSEN (*Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, p.134) con relación a los sujetos a quienes será aplicable la doctrina, cuando manifiesta que a pesar de que el Código Civil argentino no prevé a la inoponibilidad de la personalidad jurídica como si lo hace la Ley de Sociedades Comerciales, esta figura es aplicable a “todos los supuestos en que una persona de existencia ideal reconocida como sujeto de derecho ha abusado de tal prerrogativa”.

Por otro lado, el uso de la figura en estudio tiene procedencia en materias muy variadas, como lo es el campo civil, concursal, laboral¹²², tributario¹²³, ambiental, administrativo, penal y en todo campo del derecho en donde se verifiquen los presupuestos para la aplicación de la doctrina.

3.2 Carácter restrictivo del levantamiento del velo societario y presunción de persona jurídica

A diferencia de lo que sostiene el reconocido jurista argentino Guillermo Borda¹²⁴ respecto de la aplicación del disregard of legal entity en el Derecho inglés, considero que debe defenderse el carácter restrictivo del levantamiento del velo societario y ser aplicado únicamente frente a situaciones que así lo

¹²² Un ejemplo de aplicación de la doctrina en materia laboral, es el caso Aybar c/Pizzería Víturo SRL, en donde la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argentina prescindió del ente social con motivo del perjuicio que la sociedad comercial causó a sus trabajadores por no realizar los aportes jubilatorios y al haber desaparecido de improviso, sin liquidar a sus dependientes según correspondía. La Cámara consideró que por medio de la sociedad se pretendió evitar asumir las responsabilidades que le incumbían a la misma a través de la insolvencia (CNTrab., Sala II, mayo 9 de 1973, ED, 50-71, citado por RICARDO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, pp.126 y 127). Sin perjuicio de que coincido con que la doctrina estudiada es aplicable a materias distinta de la societaria, como lo es la materia laboral, toda vez que la actuación de las personas jurídicas, entre ellas las sociedades comerciales, rebasa el ámbito del derecho comercial y societario, es oportuno anotar que existe jurisprudencia que se ha pronunciado en sentido contrario, tal es el caso del pronunciamiento que mantuvo la Corte Nacional de Trabajo argentina en la sentencia de 30 de abril de 2004, la cual según, JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del Levantamiento... Op. Cit.*, p. 83), con relación a la doctrina “ha manifestado su carácter restrictivo y utilización restringida a los supuestos contemplados legislativamente, sin extensión al ámbito laboral”, pues la Corte expresamente sostuvo que “no puede derivarse que resulten aplicables a una relación laboral, normas dirigidas exclusivamente a relaciones comerciales. Si el legislador hubiera creído conveniente extender la responsabilidad por esas maniobras a todos los integrantes de la sociedad y sus administradores, debió explicitarlo a través de leyes que así lo dispusieran expresamente, máxime cuando ya existen sanciones específicas para reprimir las violaciones mencionadas entre otras previsiones”. Cuando se revise en este trabajo al derecho ecuatoriano, más adelante, se notará una cierta coordinación entre la Ley de Compañías y el Código del Trabajo en relación a la aplicabilidad del levantamiento del velo societario, si bien esta figura no se halla expresamente recogida por la ley societaria, como sí sucede en la legislación argentina.

¹²³ El caso Parke Davis y Cía. S.A. (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*, marzo 24 de 1970, ED, 43-271, citado por RICARDO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, p.127) es una interesante combinación de la doctrina en el ámbito tributario y en el de los grupos sociales. La Corte argentina ratificó la posición de sus inferiores en cuanto a rechazar la pretensión de Park Davis y Cía. SA de deducir de sus impuestos las regalías que efectuó a favor de Park Davis Company of Detroit, misma que era titular del 99,95% del capital accionario de la primera. La argumentación fue que “si bien la total relación de subordinación existente entre varias empresas no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, tampoco anula su propia capacidad tributaria”.

¹²⁴ GUILLERMO JULIO BORDA, *Contratación Contemporánea... Op. Cit.*, p.275

justifiquen¹²⁵; esto es, cuando no existan otras vías legales con las que se puedan enfrentar actos societarios con apariencia de irregularidad. En caso de abusarse de la figura del levantamiento del velo societario se pondrían en riesgo intereses legítimos de terceros y se contrariarían los pilares fundamentales sobre los que reposa la sociedad mercantil¹²⁶. En este sentido, comparto la posición que mantiene el profesor alemán Rolf Serick al sostener que la penetración en el ente social cabe únicamente de manera excepcional cuando se ha abusado del derecho¹²⁷. En línea con lo indicado, la aplicación de la doctrina debe ser totalmente excepcional¹²⁸, cuando previamente se ha probado el perjuicio causado por el actuar de la sociedad en uso de los privilegios que ella confiere a los socios.

Por otro lado, es importante recordar que existe unanimidad de criterios, tanto en defensores como en opositores de la institución del levantamiento del velo, respecto a que hace falta una mayor concreción y delimitación de dicha

¹²⁵ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 260, indica que "... en juego hay supuestos que deben ser evaluados de manera individual, de acuerdo a las circunstancias a partir de las cuales se han generado las conductas abusivas y cómo se ha utilizado la forma de la sociedad anónima. Por eso, los límites o recomendaciones que se hacen están en función a que la Doctrina del levantamiento del velo societario deberá aplicarse sólo en casos excepcionales, en forma restringida y con una interpretación restrictiva."

¹²⁶ En este sentido se pronunció con acierto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argentina en el caso antes citado de Fontes, Hugo Mario c/Consortio CONEXIM SRL (CNTRAB.- Sala IV – 22/02/2001 disponible en http://www.legalmania.com.ar/derecho/sociedades_inoponibilidad.htm) [ref. 28 de agosto 2010], quien al analizar el mencionado Art. 54 de la Ley 19.950, indica que el mismo "debe ser interpretado con carácter restrictivo a los efectos de ameritar una extensión de responsabilidad por la condena judicial a las personas que administran la sociedad...). Asimismo, el Tribunal manifiesta que "...por su carácter de excepción, debe ser interpretado restrictivamente, so pena de caer en una amplitud tal que dejaría de hecho sin efecto el sistema legal que dimana de los artículos 2° de la Ley 19.950, 33 y 39 del Código Civil, pilares éstos sobre los que se base todo el ordenamiento jurídico en la materia".

¹²⁷ JUAN M. DOBSON, *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p.21

¹²⁸ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. xxii, señala que "... es necesario revisar si ante la trasgresión de deberes, ya el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos suficientes como para sancionar a la propia sociedad anónima o a sus representantes para corregir la conducta antisocial. Tenemos la responsabilidad civil con las acciones civiles; la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, por lo tanto es necesario verificar si éstas son idóneas para atacar de manera individual una acción irregular, a fin que no sea necesario recurrir al levantamiento del velo societario o si por el contrario es imperativo, en situaciones excepcionales aplicar la doctrina".

figura, siendo asimismo coincidentes la doctrina y jurisprudencia sobre la prudencia con que ella debe ser aplicada, debiendo evitarse a toda costa el uso abusivo de la misma. Así como reprochable es el uso abusivo de un derecho subjetivo, de igual forma reprochable será el abuso en el uso de la técnica del levantamiento del velo societario por parte del juzgador, en perjuicio de los logros que con el transcurrir del tiempo se han obtenido en derecho societario con relación a las características y maduración de la sociedad mercantil. Es legítimo en este sentido reconocer con absoluta transparencia que la doctrina estudiada se encuentra aún recorriendo el camino que le permita alcanzar su perfeccionamiento, sin que se haya logrado establecer con absoluta certeza los criterios puntuales que justifican su aplicación, lo que ahonda en la necesidad de recurrir a la misma con extrema prudencia, situación que de todas formas no desaparecerá en el supuesto de que la doctrina y jurisprudencia logren definir tales criterios de manera exitosa en un futuro esperemos cercano. Es decir, el carácter restrictivo del levantamiento del velo societario amerita ser mantenido desde inicios de la doctrina hasta su total madurez.

En apoyo a lo manifestado, cabe concebirse una presunción de hecho que garantice la existencia de la persona jurídica y el respeto de los beneficios sociales como principio rector en derecho societario. Por tratarse de una presunción de hecho, se admitirá prueba en contra y la aplicación de indicios que desvirtúen la presunción planteada. Tales indicios en definitiva estarán relacionados con la perpetración de actos contrarios a la ley o al incumplimiento de obligaciones contractuales. A manera de ejemplo, constituirán indicios en contra de la presunción de hecho situaciones como la confusión de patrimonios entre la sociedad y su socio, distracción de fondos

para fines no corporativos, identidad de socios y/o administradores entre sociedades, existencia de control accionarial y/o funcional de una sociedad frente a otra, infracapitalización inadecuada con relación al riesgo del giro del negocio, actos que revelen que la sociedad es utilizada como mera fachada para realizar iniciativas que respondan al interés particular del socio o de otra sociedad, la no realización de actividad alguna, acaparamiento de acciones, manipulación de activos como traspaso de bienes a la sociedad con antelación a la adquisición de obligaciones del propietario que realiza traspaso, entre otros. Sin embargo, debe anotarse que tales indicios no constituirse por si solos como presupuesto para el levantamiento del velo societario, deberán estar siempre ligados a la comprobación fehaciente de la existencia de un daño. En definitiva, el juzgador deberá realizar una apreciación de todos los hechos en conjunto y no basarse en un solo hecho aislado a efectos de resolver si cabe desconocerse a la persona jurídica y negarse la separación entre sociedad y socios.

3.3 Carácter correctivo y temporal del levantamiento del velo societario

Como se manifestó anteriormente, la técnica del levantamiento del velo societario debe ser comprendida y aplicada en todos los casos como una medida de carácter correctiva mas no preventiva, en pos de garantizar la seguridad jurídica, lo cual en el ámbito de la desestimación de la persona jurídica genera tanta preocupación en parte de la doctrina. Los autores mencionan constantemente con acierto que dicha técnica se caracteriza, entre otros, por ser un remedio subsidiario¹²⁹ y de aplicación momentánea; sin

¹²⁹ JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 290 sostiene que “Nuestra posición, como ya ha sido expuesto, es afirmar y precisar que es necesaria la aplicación de

embargo, hace falta completar lo anterior con la comprensión de que la técnica en cuestión es una medida estrictamente correctiva¹³⁰.

Será legítimo recurrir a la doctrina única y exclusivamente cuando se ha constatado una real y efectiva concurrencia de los presupuestos que motiven la aplicación de la doctrina, pues su razón de ser es alcanzar justicia material cuando se han producido actos fraudulentos o que de cualquier manera atentan contra ella. En caso de no haberse producido y constatado legalmente la existencia de dichos actos, simplemente no tiene cabida la aplicación de la doctrina, pues no se habrán configurado los presupuestos a los cuales se dirige la finalidad de esta técnica; no habrá en definitiva, un perjuicio que reparar ni una situación injusta que rectificar.

No será pertinente que en caso de duda de una supuesta desviación de los actos de la sociedad o de un potencial riesgo a que ello suceda, se desconozca al ente social con las consecuencias que ello acarrea en cuanto a negar tajantemente la separación entre sociedad y socios así como el beneficio de la limitación de la responsabilidad, pues en caso de duda de haberse suscitado tal desviación, serán aplicables otros mecanismos que la ley confiere a la autoridad para la vigilancia y supervisión de las sociedades, como es el requerimiento de información¹³¹ que legítimamente puede realizar el ente de control a los administradores de la sociedad. En otros casos, será propicio recurrir a la figura del interventor designado por el ente de control para la

la doctrina del levantamiento del velo societario en casos excepcionales y cuando con las normas legales ya existentes no se pueda alcanzar el resultado que se obtiene por la doctrina.”

¹³⁰ DIANA PATRICIA GARROTE CRUZ Y OTRA, *Línea Jurisprudencial sobre... Op. Cit.*, indica que la Corte Constitucional colombiana cuando existan situaciones de “mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación”, cuando se forma la persona jurídica para “burlar el ordenamiento jurídico... o se desvía su finalidad... se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso.”

¹³¹ Es importante recordar el requerimiento de información a las sociedades no debe ser malinterpretado como campo de acción del levantamiento del velo societario, según se analiza en el apartado 1.4 de este trabajo.

revisión de determinadas operaciones y documentos, como sucede cuando se teme que con la renuencia de una compañía a presentar el balance anual y el estado de pérdidas y ganancias, se pretenda encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus socios o terceros, según prevé nuestra Ley de Compañías¹³².

En definitiva, la doctrina del levantamiento del velo societario no tiene como finalidad realizar una tarea preventiva en cuanto a evitar que se perpetren actos alejados a la ley y a la razón de ser de la sociedad, por los delicados resultados que derivan de la aplicación de dicha doctrina y que hacen necesario que su uso tenga como antecedentes sólidos fundamentos. De recurrirse a la doctrina sin que estos últimos medien, se atentará contra la seguridad jurídica al exponer a los socios a situaciones de incertidumbre con relación a saber de antemano cuándo aplicarán los beneficios de la sociedad y cuándo no. Para concluir, debemos señalar que el levantamiento del velo societario, con su carácter de subsidiariedad, deberá ser usada por el juzgador como último recurso, cuando la situación requiera que se tomen medidas que pongan un freno y corrijan las consecuencias gravosas generadas por el actuar de la sociedad. Ya para prevenir que se cometan actos inaceptables por parte de ella, será necesario ejercer otro tipo de medidas, relacionada, como se dijo anteriormente, a las facultades de supervisión de las autoridades en materia societaria.

Ya en el escenario de que se haya aplicado la medida del levantamiento del velo societario, cabe preguntarse qué vigencia tendrán sus efectos; si una vez que se recurrió a ella la sociedad en adelante ya no será considerada como un

¹³² Por su parte, la Sección XIV de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, prevé la figura de la intervención judicial, misma que tiene como finalidad la protección de los intereses de la sociedad y que podrá consistir en la designación de un mero veedor, de coadministradores o incluso de administradores.

ente separado de sus socios ni estos podrán oponer a su favor la limitación de responsabilidad con relación a las obligaciones sociales. Sobre este punto existe gran coincidencia en la doctrina respecto a que el levantamiento del velo societario es únicamente una medida que aplica para el acto que justificó la aplicación de la doctrina; esto es, destaca el carácter de temporal que tiene el levantamiento del velo¹³³. Únicamente estarán vigentes sus efectos mientras se resuelve la situación que desencadenó su aplicación. Esto tiene su razón de ser en la reflexión de que la doctrina no tiene como finalidad destruir el concepto de persona jurídica ni dismantelar con carácter definitivo a la sociedad; únicamente buscará corregir los actos no admisibles, esto es, ponerlos fin y reparar el daño causado. En definitiva, se desconocerán momentáneamente los beneficios sociales¹³⁴ a efectos de establecer responsabilidades.

En tal sentido, es interesante citar la reflexión que realiza Ricardo A. Nissen¹³⁵ cuando señala lo siguiente:

Ahora bien, puede ocurrir que la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad pueda perjudicar definitivamente a la existencia del ente, como sería el caso de la sociedad constituida al solo efecto de defraudar a terceros. En tales casos, la declaración de inoponibilidad provocará la disolución del ente, que deberá ser liquidado. Otras veces, el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad de la actuación de la sociedad frente a un acto o actos determinados. En estos casos, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus otros aspectos, pero esa calidad no ampara los actos realizados en contra o abuso de la ley.

¹³³ ROBERTO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, AD-HOC, 2ª Edición, p. 129, señala que los efectos de la doctrina estudiada alcanzan únicamente a las “especiales circunstancias del caso”.

¹³⁴ Es importante anotar que la aplicación del levantamiento del velo societario no tiene como único campo de acción el poner en tela de duda el mantenimiento del beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, sino que adicionalmente podrá cuestionar, según aplique, el régimen de responsabilidades que la ley prevé para terceros, como administradores y liquidadores de una sociedad. Sobre este punto, MMB, M. & M. BOMCHIL, ABOGADOS, *La Inoponibilidad de la persona jurídica... Op. Cit.*, p. 33, indican que la inoponibilidad de la personalidad jurídica es cosa distinta que la pérdida de la responsabilidad limitada al aporte. “Por ello, se puede imputar y responsabilizar no sólo al socio sino también al controlante externo.”

¹³⁵ ROBERTO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario... Op. Cit.* p. 126

Esta afirmación la realiza el citado autor argentino al amparo de la Ley de Sociedades Comerciales (Ley N° 19.550)¹³⁶, misma que como se mencionó anteriormente, recoge expresamente a la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica¹³⁷ y establece responsabilidades solidarias, en determinadas circunstancias, tanto para socios, como para controladores - entendiéndose a personas naturales o jurídicas, independientemente de que ostenten o no la calidad de socio-, administradores y liquidadores. Sin embargo, la referida ley no prevé que en virtud de la aplicación de dicha figura pueda derivarse la disolución de la sociedad, pues ni en el articulado que regula a la inoponibilidad de la personalidad jurídica ni en el que regula la disolución de las sociedades se contempla tal efecto. Si bien se prevé que la disolución pueda ser declarada judicialmente, no se la vincula con la inoponibilidad de la persona jurídica.

¹³⁶ Sobre esta Ley JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del Levantamiento...Op. Cit.*, p. 75) se ha expresado como una “norma de novedad sin antecedentes en derecho comparado” y manifiesta que única se encuentra una normativa similar en la Ley de Sociedades Comerciales del Uruguay.

¹³⁷ Entre otros artículos de la ley en cuestión relacionados al tema en estudio, destaca el Art. 54, mismo que por su importancia amerita ser citado: **Dolo o culpa del socio o del controlante.** ARTICULO 54. - El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. **Inoponibilidad de la personalidad jurídica.** La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Como señala JOSÉ HURTADO COBLES (*La Doctrina del Levantamiento...Op. Cit.*, p. 75), de la norma destaca el que no se haya limitado su campo de aplicación a los actos de la sociedad cometidos en violación de la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros, que son los supuestos más corrientes cuando se abusa de la personalidad jurídica, sino que ha extendido su alcance a la actuación de quienes se han valido de su estructura societaria para lograr con ello *finés extrasocietarios*”, Si bien es innegable el valor de la Ley de Sociedades Comerciales argentina por haber regulado expresamente la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, terminología con la cual adicionalmente coincido ampliamente, encuentro que la fórmula empleada por la el Art. 54 con relación a la consecución de fines extrasocietarios no aporta certeza en cuanto a criterio rector para la aplicación de la doctrina en cuestión, pues evidentemente es altamente subjetivo el determinar cuándo los actos de la sociedad responden a fines extrasocietarios.

La posibilidad de disolver la sociedad a través de la figura en mención, por tanto, es una apreciación propia del autor, misma que no comparto por dos motivos. En primer lugar, si bien es cierto que existe mucha controversia respecto del alcance de las causales que motivan la aplicación de la figura, no sucede lo mismo con relación a la finalidad que ésta persigue. Es generalmente aceptado que tal finalidad consiste en corregir una situación injusta y reparar el daño causado por actos cometidos a través del ente social, lo cual se obtiene privando temporalmente a los socios del beneficio de la limitación de la responsabilidad e imputándoles a aquellos las obligaciones de la sociedad frente a determinados actos de ésta, perfectamente individualizados, fuera de los cuales la sociedad y el privilegio de la responsabilidad limitada operan con absoluta normalidad¹³⁸. Cosa muy distinta sería que la desestimación de la persona jurídica tuviera efectos permanentes, no temporales, al provocar la extinción de la persona jurídica, efecto que se halla fuera del ámbito de la figura en cuestión y que a mi criterio ni siquiera se halla en discusión. En segundo lugar, no habría una fórmula precisa a través de la cual los jueces puedan determinar que la sociedad se ha constituido “a solo efecto de defraudar a terceros”, supuesto que de ser aceptado como justificativo para la aplicación de la doctrina y la posterior disolución de la sociedad, dotaría de una enorme subjetividad a la misma, subjetividad que es tan criticada y repudiada por los estudiosos de la doctrina del levantamiento del velo societario.

Adicionalmente, debe señalarse que el mismo autor Nissen al revisar jurisprudencia argentina en materia sucesoria destaca en dos ocasiones que la

¹³⁸ MANÓVIL (citado por MMB, M. & M. BOMCHIL, ABOGADOS, *La Inoponibilidad de la persona jurídica... Op. Cit.*, p.5.) sostiene de manera acertada que “...el efecto es la privación parcial de los efectos sólo frente a terceros, en particular frente al tercero perjudicado, destacando que no se trata nunca de una nulidad”.

declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica no implica “fulminar de nulidad a la sociedad”¹³⁹ ni declarar su inexistencia, sino que al contrario, sus los efectos de la figura alcanzan a las “especiales circunstancias del caso”¹⁴⁰.

3.4 La Responsabilidad Social Corporativa

Así como el levantamiento del velo societario es una de las reacciones más representativas surgidas a consecuencia de los cuestionamientos que ha recibido la persona jurídica por las razones antes indicadas, a mi criterio existe otra reacción de gran importancia que aunque no pertenece propiamente al mundo del Derecho puede surtir interesantes efectos en las sociedades mercantiles en complemento del disregard of the legal entity. Me refiero a la novedosa forma de gestión conocida como la responsabilidad social empresarial y que nace a raíz de la presión pública ejercida por gobiernos, medios de comunicación y varios sectores de la sociedad que apelan a la sensibilidad social de las empresas.

Siendo obvio que quienes optan por conformar una sociedad mercantil buscarán fundamentalmente obtener un beneficio económico, ello bajo ningún punto de vista constituye causa suficiente para afirmar que la persona jurídica ha perdido su razón de ser y debe ser eliminada o sustituidos sus caracteres esenciales. Partiendo de esta premisa, considero que pueden resultar de gran

¹³⁹ ROBERTO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, p. 128

¹⁴⁰ ROBERTO A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario... Op. Cit.*, p. 129. Igual criterio encontramos en el artículo publicado por MMB, M. & M. BOMCHIL, ABOGADOS, *La Inoponibilidad de la persona jurídica... Op. Cit.*, p. 8), donde se indica que “La declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica tiende a su ineficacia relativa frente a terceros perjudicados”. Adicionalmente, en el citado artículo se indica que “... la inoponibilidad mantiene la validez del acto entre las partes y respecto de algunos terceros pero no con relación a otros terceros, que pueden oponerse a que el acto sea eficiente o productor de efectos a su respecto”. Finalmente, en el apartado de conclusiones de la referida publicación, encontramos que “la inoponibilidad no tiene como efecto ni la nulidad ni la disolución de la sociedad sino la ineficacia parcial del contrato”.

utilidad los aportes de la corriente de la responsabilidad social, muy en boga en nuestros tiempos, y que comprometería a las empresas y sociedades a buscar no solo el beneficio de los socios sino el de la comunidad, lo cual demanda el cumplimiento por parte de las empresas de obligaciones en el ámbito laboral, impositivo y ambiental, entre otros. Con una exitosa aplicación de los postulados de esta corriente se obtendría el equilibrio tan necesario que debe existir entre los intereses individuales de los socios y los intereses de la colectividad. Queda aún por definirse si la aplicación de sus postulados se basa en la voluntariedad de los actores sociales compelidos por esta nueva tendencia o se debe ligarla a instrumentos jurídicos oportunos y sólidos que le permitan una efectiva implementación y observancia. En todo caso, si bien es cierto bajo la perspectiva de la responsabilidad social empresarial se busca que las sociedades mercantiles y empresas asuman como suyas las consecuencias de sus actividades y se tornen en agentes claves para el desarrollo sostenible de prácticas ambientales saludables, entre otros beneficios con enfoque social, no aparece un cuestionamiento a los fundamentos mismos de las sociedades mercantiles ni se ve como necesaria una reformulación de la persona jurídica ni mucho menos se sugiere la eliminación o sustitución de esta última. Al contrario, la corriente en cuestión sostiene que la relación amigable entre empresa y sociedad no debe comprometer el éxito y los negocios de la primera, con lo cual se defiende en definitiva la existencia de la persona jurídica a quien se debe potencializar como el actor clave que debe ser en la sociedad, retomando los ciertos fines públicos que en un principio motivaron su existencia.

A través del empleo de los mismos mecanismos con que las empresas toman sus decisiones estratégicas en pos del negocio, estas podrán encontrar en la responsabilidad social no un costo sino una oportunidad de innovación y de desarrollo, con lo cual se configura un ganar - ganar para sociedad y empresa, reto complejo que ha motivado una serie de postulados para alinear a las empresas en esta lucha. Para la asociación norteamericana sin fines de lucro Business for Social Responsibility, las sociedades deben enfocarse en “achieve commercial success in ways that honor ethical values and respect people, communities, and the natural environment”¹⁴¹.

Quién sabe el auge de la responsabilidad social empresarial -en cuanto coacción a las empresas para el cumplimiento de sus obligaciones legales- se torne en una herramienta tan eficaz como lo debe ser la figura jurídica del levantamiento del velo societario en cuanto comprometer a las sociedades mercantiles a enmarcar sus actuaciones dentro lo legal.

CONCLUSIONES

I.

No considero que la crisis que le ha sido imputada a la persona jurídica se trate de un camino sin salida, pues esta creación jurídica no se ha constituido en una institución caduca ni se avizora que vaya a hacerlo, como tampoco es el caso el que se haya logrado finalmente reemplazarla por un nuevo instrumento jurídico completamente innovador y alejado de los principios básicos en que se sustenta la sociedad mercantil. Al contrario, con la implementación de

¹⁴¹ MICHAEL E. PORTER AND MARK R. KRAMER, *Strategy & Society, The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, Harvard Business Review, 2006, p. 3.

mecanismos que la regulan adecuadamente como lo es la doctrina estudiada, se conseguirá fortalecerla y asegurar su permanencia en el mundo jurídico. Como señala acertadamente De Castro¹⁴², si bien la aplicación del levantamiento del velo societario supone abandonar la concepción abstracta de la persona jurídica -de manera transitoria y para casos concretos-, dicha figura, asimismo, trae como consecuencia el robustecimiento de la misma al “liberarla de los abusos que podrían degradarla”¹⁴³.

II.

La distinción en torno al tratamiento que ha recibido la doctrina en el common y civil law, guarda estrecha relación con las diferencias fundamentales que ambos regímenes jurídicos han mantenido tradicionalmente, no solo en cuanto a la técnica jurisprudencial y legislativa que los caracteriza, sino incluso en cuanto a manejar concepciones muy distintas de instituciones básicas como el fraude y la equidad. En el primer caso, el Derecho estadounidense destaca por la mayor flexibilidad con que se recurre a la doctrina y por la vasta jurisprudencia existente en la materia que nos interesa, mientras que el Derecho inglés se mostrará un poco más cauteloso; en ambos casos, la equidad jugará un rol importante así como la invocación de principios generales para fundamentar la aplicación del *disregard*. Por su parte, en los ordenamientos del civil law se evidencia un esfuerzo por esquematizar en

¹⁴² FEDERICO DE CASTRO, *La persona jurídica*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1984, p. 132

¹⁴³ En igual sentido se pronuncia JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, *Levantamiento del velo societario... Op. Cit.*, p. 291, al señalar que “Es muy importante precisar y destacar que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo no debilita el régimen de la sociedad anónima, por el contrario su efecto será el de fortalecerla y de desvirtuar que sea usada como excusa para cuestionar el concepto de la “persona jurídica”

blanco y negro los criterios rectores que guiarán la aplicación de la doctrina, ya sea mediante la formulación detallada de las causales o presupuestos para el levantamiento del velo societario o mediante la agrupación de casos en que será procedente aplicar la doctrina.

Sin perjuicio de las diferencias señaladas a grandes rasgos, se encontrará como elemento coincidente en ambos sistemas jurídicos, situaciones de considerable incertidumbre e imprecisión, pudiendo señalarse que ni common law a través de la equidad ni civil law a través de la norma escrita han logrado superar por completo el intrincado reto de dotar de certeza a la fundamentación de la doctrina, lo que se evidenciará en los razonamientos confusos y esquivos contenidos en los fallos que se fundamentan en la doctrina,

III.

El principio fundamental de la transparencia de la información de las sociedades, incluida la identidad de sus socios, administradores¹⁴⁴ y directores, se evidencia no solo en los mercados bursátiles sino que ha venido tornándose en un fenómeno cada vez más común como presupuesto necesario para el desarrollo de las actividades económicas actuales, sin que deba confundirse como el fin último que persigue la doctrina del levantamiento del velo societario. Asimismo, sostener que la buena fe, la equidad, el fraude, el abuso del derecho y otras figuras cercanas a la doctrina ponen en entredicho la justificación de su existencia como una institución propiamente dicha e independiente, carece de fundamento.

¹⁴⁴ Incluso, según la autora española Carmen Boldó, “el tema de la responsabilidad de los administradores cae, en nuestra opinión, fuera del campo del *disregard*, entre otras cosas, porque no es necesario levantar el velo para demandar responsabilidades a quienes gestionan la sociedad” (*Levantamiento del Velo... Op. Cit.*, pie de página p. 105)

El elemento diferenciador que vuelve única a la doctrina, la distancia de otras figuras jurídicas -así como del principio de transparencia- y que justifica lo que expuse en líneas anteriores, lo encontramos en el alcance del levantamiento del velo societario. Únicamente a través de la doctrina se podrá penetrar en la sociedad y cuestionar la aplicabilidad de aquellos beneficios y régimen de responsabilidades que la ley prevé en el ámbito de las sociedades. Esto es, solo en virtud de aquella será factible contrariar legítimamente aquellas previsiones legales que de otro modo no podrán ser inobservadas por el juez.

IV.

Frente a la dificultad de establecer parámetros rectores, claros y precisos que guíen la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, y habiéndose advertido que los ordenamientos jurídicos del Common Law y del Derecho continental a través de sus varias formulaciones no han logrado entregar luces lo suficientemente claras en esta materia, considero que lo oportuno será establecer como principio general -amplio y objetivo a la vez- para justificar la inoponibilidad de la persona jurídica, el de la verificación de un daño imputable a la sociedad, en cuyo caso se descorrerá el velo y se revisará la aplicabilidad de los beneficios sociales concedidos a los socios, siempre y cuando la sociedad se negare a la reparación de dichos daños. Con esta fórmula, se elimina del ámbito de la doctrina toda aquella subjetividad y vaguedad que la debilitaron y la hicieron objeto de severas críticas, a la vez que queda claro que la finalidad última de la doctrina será dar paso a la reparación del daño causado a través del ente social.

V.

Junto a la fórmula de la verificación de un daño para justificar la aplicación de la doctrina, será oportuno tener presente en esta materia a *presunción de personalidad jurídica*, en virtud de la cual se atribuya a todo acto societario los efectos que los principios generales de la sociedad mercantil y los principios particulares del tipo societario prevén para el efecto, en tanto y en cuanto no existan legítimos motivos para desestimar la persona jurídica.

VI.

Es de vital importancia que en las legislaciones se regule de manera adecuada -vía norma escrita o precedente judicial- los parámetros concretos para su aplicación, de manera que quede absolutamente claro que es una medida excepcional y restrictiva, pues opera únicamente frente al caso concreto en el cual se verificó que la sociedad ha causado un perjuicio y se niegue a repararlo; fuera de ello, la sociedad debe continuar operando con absoluta normalidad, pues no interesa que por la aplicación de dicha medida terceros de buena fe puedan ver afectados sus intereses con motivo de un asunto ajeno a ellos.

Asimismo, es importante reparar en que la figura del levantamiento del velo societario es una medida correctiva y no preventiva, pues cabe únicamente de manera excepcional y su fin es el de reparar los perjuicios causados por las sociedades cuando median determinadas circunstancias; esto es, debe haberse producido la situación dañosa para que pueda entrar en acción. El ámbito de la prevención, esto es, el deber de hacer un seguimiento y vigilancia

de las compañías en situaciones normales, responde a las atribuciones tradicionales y regulares del ente de control, mientras que el levantamiento del velo societario será determinado y aplicado ya en sede judicial.

VII.

Interesa, pues, fortalecer tan importante institución como lo es la desestimación de la persona jurídica, toda vez que su aplicación sigue excediendo los ámbitos para los cuales fue concebida en un principio y ahora se recurre a ella en ámbitos como el tributario, administrativo, laboral, penal y en general, en todo aquel donde se halle inmersa la responsabilidad social corporativa.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Atilio Aníbal, *Contratación Contemporánea*, Santa Fe de Bogotá, Palestra Editores y Editorial Temis S.A., 2001

Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Navarra, Ed. Aranzadi, 4ta. Edición, 2006

Borda, Guillermo Antonio (Director), *La Persona Humana*, Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2001

Cabanellas De las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Parte General, 2008

Caputo, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006

De Castro y Bravo, Federico, *¿Crisis de la sociedad Anónima?*, Reflexiones sobre la Proyectoada Reforma Legislativa, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_049_058.pdf

Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985

Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica*, en

http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF

Forji, Amin George, *The Veil Doctrine in Company Law*, 2007, disponible en http://www.cornerstone.com/pdf/practice_other_publications_tab/CorporateVeil.pdf

Guerra Cerrón, Jesús María Elena, *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*, Tesis Doctoral, Lima, 2007, disponible en http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2007/guerra_cj/pdf/guerra_cj.pdf

Hamilton, Robert W., *The Law of Corporation*, St. Paul, West Group, 2000.

Hurtado Cobles, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamericana*, Barcelona, Atelier, 2008

Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, AD·HOC, 2ª Edición, 2008.

Quiroga Periche, Carlos Enrique, *Teoría del Levantamiento del Velo Societario: ¿es aplicable en el Derecho Peruano?*, en http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf

Zárate, Hilda Zulema, *Personalidad jurídica y su desestimación*, en
<http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-009.pdf>